Das Zustandekommen des vermittelten Vertrages als Voraussetzung für den Lohnanspruch des Mäklers

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Reinhard Blochwitz

Referendar
aus Frankfurt a. O.

1928

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Herm. Eschenhagen, Kdt.-Ges., Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Referent: Prof. Dr. Bruck

Meinen Eltern!

Inhaltsangabe.

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., Berlin-Leipzig 1927.

Bad. Rpr. = Badische Rechtspraxis.

Bolze = Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen von A. Bolze.

Burchard: Gutachten über die Frage: „Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Gewerbes der Grund- und Hypothekenmakler?“ In „Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages“, 2. Bd. 1897, S. 235 ff.

Bürg.A. = Archiv für bürgerliches Recht, 1888—1919.

Callmann: Die condicio iuris. Diss. Rostock 1908.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 8. Aufl. Jena 1927.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen, Leipzig 1902.

Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte. 1897.

Dernburg-Raape: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, II. Bd. 2. Abt. 4. Aufl. Halle 1915.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung. Seit 1897.

Doerr: „Der Mäklervertrag im Bürgerlichen Gesetzbuche“ in Seuff. Bl. 70. Jahrgang 1905, S. 620 ff.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1908.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3 Bde. 8.—9. Aufl. Berlin 1919.

Ennecerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I, 2 Recht der Schuldverhältnisse. 23.—27. Aufl. Marburg 1927.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. München 1927.

Gaus: Der Zivilmäkler. Diss. Leipzig 1903.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1921.

Gruchot = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

HansGZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.

HoldheimsMSch. = Holdheims Monatsschrift.

Jacusiel: Das Recht der Agenten und Mäkler. Heft 2: Das Recht der Mäkler, 3. Aufl. 1926.

Ders.: „Ueber die Mäklerprovision“, in LZ. 1914, S. 745 ff.

JW. = Juristische Wochenschrift.
KG. Bl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.
Kuhlenbeck: Das BGB. für das Deutsche Reich. Bd. 1, 2. Aufl. Berlin 1903.
Ders.: „Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts 63: Der Mäklervertrag“, in Juristische Wochenschrift, 1907, S. 34 ff.
Kuhne: Der Mäklervertrag nach geltendem Recht, Diss. Leipzig 1908.
Laband: „Die Lehre von den Mäklern mit bes. Berücksichtigung des Entwurfs zum Deutschen Handelsgesetzbuche“ in „Zeitschr. für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft“ 20. Bd. 1861, S. 1 ff.
Lehmann-Hoeniger: Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl. 1. Halbband, Berlin und Leipzig 1921.
Leonhard: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, in Ziv.A. 120, S. 14 ff.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag. Bd. I, Leipzig 1903.
LZ. = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, seit 1906.
Mayer, R.: Rechte und Pflichten aus dem Mäklervertrage. Diss. Heidelberg 1912.
Mehrens: Die Provisionsabrede des Grundstücksmäklers bei formell ungültigen Verträgen. Diss. Breslau 1910.
Mot. = Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1888, Bd. II.
Neubauer: Der nichtkaufmännische Mäklervertrag in der Praxis. Bürg. A. 6, S. 1 ff.
Neumann: Handausgabe des BGB. 6. Aufl. Berlin 1912.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 3.—4. Aufl. 1910.
OLG. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgeg. von Mugdan u. Falkmann seit 1900.
Oesterr.Zentr.Bl. = Oesterreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.
Planck: Kommentar zum BGB. 4. Aufl. Berlin 1913 ff.
Recht = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgeg. von Soergel. Seit 1897.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterung. Berlin 1903.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Seit 1880.

RGR.Komm. = Kommentar von Reichsgerichtsräten. 6. Aufl. Berlin, Leipzig 1928.
Reichel: Die Mäklerprovision. Leipzig 1913. (Zitiert mit „Reichel".)
Ders.: Vertragsvermittlung durch den Mäkler. In Oesterr. Zentr. Bl. 30. Jahrgang, Heft 4, S. 299 ff.
Ders.: „Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte", in Ziv.A. 104, S. 1 ff.
Reuling: „Die Provisionsansprüche des Grundstücksvermittlers", in Gruch. 40, S. 193 ff.
Riesenfeld: Der Zivilmäkler. Gruch. 36, 790 ff.; 37, 27 ff; 257 ff; 530 ff und 814 ff.
Riezler: Der Werkvertrag nach dem BGB. 1900.
ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Rosner: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts über den Mäkler. Diss. Erlangen 1912.
Rospatt: Zwei Streitfragen des Mäklervertrages. Gruch. 45, S. 546 ff.
Rumpf: „Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte", in Ziv.A. 119, 95 ff.
Sächs.A.: = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Leipzig (bis 1905).
Schneickert: „Welche zivilrechtlichen Verbindlichkeiten kann die Mäklerei, insbesondere die Arbeitsvermittlung begründen?" In Seuff. Bl. 69. Jahrg. 1904, S. 261 ff.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.
Seuff. A. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Seit 1847.
Seuff. Bl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Seit 1836.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1926.
Staub-Koenige: Kommentar zum HGB. 12.—13. Aufl. 1. Bd. Berlin, Leipzig 1926.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 2. Bd. 7.—8. Aufl. 1912 bis 1914.
Warneyer: Kommentar zum BGB. Bd. I. Tübingen 1923.
Ders.: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, erl. durch die Rechtsprechung. 5. Aufl. 1928.
Warn. = Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts. Ergänzungshefte. Seit 1908.
Wieprecht: Die Provisionsabrede des Grundstücksmäklers bei formell ungültigen Verträgen. Diss. Breslau 1910.

Woltersdorff: Die rechtliche Natur des Mäklervertrages. Diss. Jena 1904.
Zeiler: „Mäklervertrag, Dienstvertrag und Schenkung", in „Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern", 4. Jahrg. 1908, S. 395 ff.
ZHR. = Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht, herausgeg. von Goldschmidt und Laband.
Ziv.A.: = Archiv für die zivilistische Praxis. Seit 1818.

§ 1.

Nach § 652 BGB. ist der Auftraggeber, der einem Mäkler für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittlung eines solchen einen Lohn versprochen hat, nur dann zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, wenn infolge der Tätigkeit des Mäklers ein Vertrag zustandegekommen ist. Danach ist also die endgültige Verpflichtung des Auftraggebers, die Provision zu zahlen, an zwei Voraussetzungen geknüpft: erstens muß ein Vertrag zwischen ihm und einem Dritten geschlossen worden sein, und zweitens muß dieser Vertrag „infolge“ des Nachweises oder der Vermittlung des Mäklers zustandegekommen sein, d. h. zwischen dem Vertragsschluß und der Tätigkeit des Mäklers muß ein ursächlicher Zusammenhang bestehen. Außer dem Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen, die sich ohne weiteres aus der Fassung des Gesetzes ergeben, ist nach überwiegender Rechtslehre drittens erforderlich, daß der Auftraggeber sich beim Abschluß des Geschäftes der vermittelnden Tätigkeit des Mäklers bewußt gewesen ist.[1] Diese Voraussetzung ergibt sich zwar nicht ohne weiteres aus dem Gesetz, folgt jedoch aus dem Wesen des Mäklervertrages und aus der Bedeutung, die das Versprechen eines Mäklerlohnes regelmäßig für die Gestaltung des vermittelten Vertrages hat; denn der Auftraggeber hat in der Regel bei der Festsetzung der Vertragsbedingungen den geschuldeten Mäklerlohn mit in Anrechnung zu bringen, und er kann dies nur tun, wenn er weiß, daß der Vertrag durch die Tätigkeit eines Mäklers vermittelt worden ist und deshalb im Falle des Abschlusses provisionspflichtig sein würde.[2]

Die Grundbedingung für die Entstehung des mäklerischen Provisionsanspruches bleibt jedoch das Zustandekommen des vermittelten Vertrages; denn erst wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, wird die weitere Erörterung praktisch, ob der Vertrag auch infolge der Tätigkeit des Mäklers zustandegekommen ist, und ob der Auftraggeber bei Abschluß des Geschäftes von der Vermittlung des Mäk-

---

1) Vgl. Staub, Anm. 29 der Vorbemerkungen vor § 93 HGB. Staudinger, Erl. III. 1 f und 5 c vor § 652 BGB. Planck, Erl. 3 d zu § 652; Enneccerus, II, 2 § 378, Anm. 16; Doerr, aaO. S. 634. Ebenso das RG. in ständiger Rechtsprechung, vgl. RGE. 68, 202 ff.; 83, 35 ff.; RG. in JW. 1922 S. 164[7]; RG. Gruchot 48, 346; 59, 122. Anderer Meinung Oertmann, Anm. 2 a γ zu § 652; ferner Schollmeyer, S. 114 und Reichel, S. 194 ff.

2) RG. 31, 291.

lers Kenntnis gehabt hat. Betrachtet man nun die Frage, ob der Lohn verdient ist, lediglich unter dem Gesichtspunkt, daß der vermittelte Vertrag zustande gekommen sein muß, also unter Ausschluß der beiden anderen erwähnten Voraussetzungen, so erscheint ihre Beantwortung auf den ersten Blick sehr leicht, nämlich ebenso leicht, wie es sich feststellen läßt, ob zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten ein Vertrag zustandegekommen ist oder nicht. Damit ist jedoch schon der Punkt berührt, der die gesuchte Entscheidung im Einzelfall sehr schwierig gestalten kann und deshalb die vorliegende Untersuchung rechtfertigt; denn in Zweifelsfällen — nur um solche handelt es sich hier — ist stets zu beachten, daß für die Entstehung des Lohnanspruches nicht das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten maßgebend ist, sondern daß in erster Linie der vermittelte Vertrag im Sinne *des Lohnversprechens*, also im Verhältnis zwischen dem Mäkler und seinem Auftraggeber, zustandegekommen sein muß.[3]

Dies folgt aus dem Wesen, insbesondere dem wirtschaftlichen Zweck des Mäklervertrages. Der Auftraggeber verspricht dem Mäkler einen Lohn dafür, daß durch seine Vermittlung ein bestimmter Vertrag zustande kommt, er gibt also im Hinblick auf den gewünschten Enderfolg die Anweisung, in deren Rahmen die Tätigkeit des Mäklers zu leisten ist. Der Mäkler hat deshalb die Provision nur dann verdient, wenn seine Tätigkeit innerhalb des ihr gesteckten Rahmens erfolgreich gewesen ist, d. h. wenn derjenige Vertrag zustandegekommen ist, der nach dem Inhalt des Mäklervertrages vermittelt werden sollte. So gelangt man zu dem Ergebnis, daß der zustandegekommene Vertrag mit dem bei Abschluß des Mäklervertrages in Aussicht genommenen übereinstimmen muß oder, wie es oft — allerdings nicht ganz genau[4] — ausgedrückt wird, mit ihm „identisch" sein muß; andernfalls ist der Mäklerlohn nicht verdient.[5] Freilich darf man, wenn den Bedürfnissen des Verkehrs und der mutmaßlichen Absicht der Parteien Rechnung getragen werden soll, dieses Erfordernis nicht zu streng beurteilen, sondern muß die Provision unter Umständen auch dann zuerkennen, wenn die Absichten des Auftraggebers in der Hauptsache erreicht sind, obwohl der zustandegekommene Vertrag von dem in Aussicht genommenen in einzelnen Punkten abweicht. Handelt es sich um nebensächliche

3) Planck, Erl. 3 b α zu § 652 und Vorbem. IV, 3 vor § 652; Reichel, S. 1 ff. in eingehenden Ausführungen.

4) So auch Reichel, S. 89.

5) Planck, Erl. 3 b β zu § 652; Staudinger, Erl. III, 2 b; Staub, Vorbem. 33 vor § 93 HGB.; RGRKomm. 2 b zu § 652; Jacusiel, II, S. 115; Doerr, aaO. S. 636; Riesenfeld, Gruchot 37, S. 542; Reichel, S. 89 ff.

Abweichungen, so leuchtet dies ohne weiteres ein; aber auch bei der Beurteilung anderer Abweichungen ist regelmäßig der Schwerpunkt nicht auf die rechtliche Form zu legen, sondern auf den wirtschaftlichen Erfolg, den der zustandegekommene Vertrag für den Auftraggeber hat; denn man hat davon auszugehen, daß für den Auftraggeber lediglich die Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Erfolges maßgebend war, und daß es ihm in der Regel dabei gleichgültig war, auf welchem Wege dieser Erfolg juristisch erreicht werden würde. Deshalb ist bei Abweichungen des tatsächlich abgeschlossenen Vertrages von dem in Aussicht genommenen nur der Umstand entscheidend, ob der geschlossene Vertrag dem von dem Auftraggeber angestrebten gleichwertig ist, d. h. geeignet ist, im wesentlichen denselben wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen.[6]

Nach dem eben Gesagten stellt also der Grundsatz, daß für die Frage nach der Entstehung des Provisionsanspruches nicht das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten entscheidend ist, sondern daß der vermittelte Vertrag im Sinne des Lohnversprechens zustandegekommen sein muß, eine einschränkende Auslegung der in § 652 BGB. enthaltenen Regel zu Lasten des Mäklers dar. Andererseits kann dieser Satz aber auch zugunsten des Mäklers einen Lohnanspruch dort rechtfertigen, wo nach dem reinen Wortlaut des § 652 BGB. die Provision nicht verdient wäre. Verträge sind nicht Selbstzweck, da sie nicht um ihrer selbst willen geschlossen werden, sondern damit durch sie Rechte und Pflichten erzeugt werden und auf diese Weise eine Aenderung in den wirtschaftlichen Lebensverhältnissen der Beteiligten eintritt. Diese Wirkung haben nur gültige, vom Gesetz anerkannte Verträge. — Andererseits sind aber auch sehr wohl Fälle denkbar, in denen die Parteien einen bewußt nichtigen Vertrag schließen, weil sie, wie z. B. bei einem wucherischen Darlehnsgeschäft, von der Erwartung ausgehen, daß der Vertrag auch ohne den dahinterstehenden rechtlichen Zwang erfüllt wird, oder weil das Entstehen von Ansprüchen und Verpflichtungen gar nicht beabsichtigt ist, sondern lediglich durch den äußeren Anschein eines Vertragsschlusses eine bestimmte Wirkung erzielt werden soll, wie z. B. beim Scheingeschäft. Wird die Vermittlung eines solchen Vertrages zum Gegenstand der Tätigkeit eines Mäklers gemacht, so kann der vermittelte Vertrag rechtlich nie zustandekommen, da er stets nichtig ist. Trotzdem wäre aber mit dem „Abschluß“ eines derartigen Vertrages in

6) RG. LZ. 1911, 547[27] und 1925, 1272; JW. 1916, 1475[3]; Warn. 25 Nr. 62; Enneccerus, I, 2 § 578, II, 1 c und die bereits oben zit. Literatur und besonders Reichel, S. 89 und 103 ff. mit zahlreichen Beispielen.

der Regel (vgl. unten § 7 S. 28 f.) die versprochene Belohnung verdient, da durch die Tätigkeit des Mäklers derjenige Vertrag „geschlossen" worden ist, der von dem Auftraggeber beabsichtigt war; der vermittelte Vertrag ist zwar nicht im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten zustandegekommen, wohl aber im Sinne des Lohnversprechens, und dies ist, wie oben dargelegt, erforderlich, aber auch genügend für die Entstehung des Provisionsanspruches.

Aus dem eben aufgestellten Grundsatz folgt weiterhin die Möglichkeit, dem Mäkler die Provision unter Umständen schon dann zuzusprechen, wenn zwischen dem Auftraggeber und seinem Kontrahenten einen Vertragsschluß noch garnicht erfolgt ist, sondern erst Vorverhandlungen stattgefunden haben oder ein Vorvertrag geschlossen worden ist, in dem sich beide Parteien verpflichten, den Abschluß des von dem Auftraggeber angestrebten Hauptvertrages vorzunehmen. Denn obwohl in diesen Fällen noch kein Vertrag zwischen dem Auftraggeber und seinem Gegenkontrahenten zustandegekommen ist und somit nach dem reinen Wortlaut des § 652 BGB. auch noch kein Anspruch auf den versprochenen Lohn gegeben wäre, so kann es doch im Einzelfall infolge des Verhaltens des Auftraggebers oder anderer Umstände gerechtfertigt erscheinen, den Hauptvertrag zugunsten des Mäklers bereits als zustandegekommen anzusehen und die Provision demgemäß verdient sein zu lassen. Andererseits besteht aber auch die Möglichkeit, einen Vertrag, der infolge der Vermittlung des Mäklers zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten geschlossen worden ist, später aber aus irgend einem Grunde, wie z. B. durch Anfechtung, Ausübung eines Rücktrittsrechts und dergleichen, wieder aufgelöst worden ist, nicht im Sinne des Lohnversprechens als zustandegekommen anzusehen, also ohne Rücksicht auf die Tatsache, daß der vermittelte Vertrag doch zunächst wirksam zustandegekommen ist. Betrachtet man die Entstehung des Provisionsanspruches auch unter diesem Gesichtspunkt und folgt man dabei der gesamten Entwicklung, die ein Vertrag von den ersten Vorverhandlungen an bis zu seiner etwaigen Wiederauflösung durchmacht, so ergibt sich daraus ohne weiteres die Gliederung für die vorliegende Arbeit; denn dann wäre zunächst die Frage zu untersuchen, ob der vermittelte Vertrag unter Umständen bereits v o r dem wirksamen Abschluß zugunsten des Mäklers als zustandegekommen angesehen werden kann, zweitens wäre der wirksame Abschluß des vermittelten Vertrages unter Berücksichtigung der Voraussetzungen für seine formelle und materielle

Gültigkeit zu erörtern, und schließlich wäre noch zu prüfen, inwieweit ein Vertrag, der nach dem gültigen Abschluß aus irgend einem Grunde wieder aufgelöst worden ist, im Sinne des Lohnversprechens als zustandekommen angesehen werden kann.

§ 2.

Nach § 652 BGB. ist der Auftraggeber zur Zahlung des vereinbarten Lohnes verpflichtet, wenn ein Vertrag zustandegekommen ist. Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, daß bis zu diesem Zeitpunkt ein Anspruch des Mäklers auf die versprochene Provision regelmäßig noch nicht gegeben ist. Es genügt also nicht, daß dem Auftraggeber durch Vermittlung des Mäklers ein Angebot auf den Abschluß des beabsichtigten Geschäftes gemacht wird, selbst dann nicht, wenn sich der Offerent für bestimmte Zeit an das Angebot gebunden hält;[1] denn solange der Auftraggeber diese Offerte nicht angenommen hat, ist ein Vertrag noch nicht zustandegekommen und damit die Voraussetzung des § 652 BGB. auch noch nicht erfüllt. Noch viel weniger genügen bloße Vorverhandlungen, die zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten stattgefunden haben, um dem Mäkler einen Anspruch auf die Provision zu geben.

Früher, namentlich in der gemeinrechtlichen Lehre, hat man dem Mäkler oft für den Fall, daß der vermittelte Vertrag nicht zustande kam, nach Maßgabe der für den Dienstvertrag geltenden Rechtsnormen einen Anspruch zuerkannt, meistens als Entschädigungsanspruch für aufgewendete Zeit und Unkosten.[2] Da dies jedoch bestritten wurde, so ist, wie aus den Protokollen der 2. Kommission[3] unzweideutig hervorgeht, in § 652 Abs. II Satz 2 BGB. ausdrücklich die Bestimmung aufgenommen worden, daß auch beim Nichtzustandekommen des Vertrages dem Mäkler die Aufwendungen nur zu ersetzen sind, wenn es ausdrücklich vereinbart war.

Diese Auffassung entspricht durchaus dem Wesen des Vermittlergewerbes; denn der Mäkler hat das Risiko zu übernehmen, daß sein Bestreben, einen Vertragsschluß zustande zu bringen, unter Umständen ohne Erfolg bleibt und er auf diese Weise vergeblich Zeit und Geld geopfert hat; dafür ist er aber auch in anderen Fällen wieder in der Lage, eine Provision zu verdienen, die zu den gemachten Aufwendungen ganz außer Verhältnis steht.

Noch viel weniger ist natürlich der Mäkler berechtigt, für seine Bemühungen die volle Provision zu verlangen, solange ein Vertrag

1) Staudinger, Erl. III, 2 a β OLG. 20, 216; KGBl. 1918, 21.
2) Vgl. Laband, S. 29.
3) II S. 346 f. Vgl. auch OLG. 14, 29.

nicht zustandegekommen ist. Wäre nämlich der Auftraggeber verpflichtet, bloße Dienstleistungen des Mäklers zu vergüten, so läge darin eine gewisse Gefahr für ihn; denn dann könnte er leicht Betrügern in die Hände fallen, die unter dem Vorgeben, sich genügend um die Vermittlung des Vertrages bemüht zu haben, die Zahlung des versprochenen Lohnes fordern könnten. Deshalb knüpft § 652 BGB. zum Schutze des Auftraggebers seine endgültige Zahlungspflicht an den Eintritt eines gewissen äußeren Erfolges, aus dem sich ohne weiteres erkennen läßt, daß der Mäkler sich tatsächlich um die Vermittlung des Vertrages bemüht hat und seine Bemühungen auch von Erfolg begleitet worden sind. Die Praxis hat auch gelehrt, daß der Auftraggeber, der unter Verzicht auf die sichere Rechtsstellung, die ihm durch § 652 BGB. gewährt wird, bereits für bloße Bemühungen des Mäklers einen Lohn verspricht, ein gewisses Risiko eingeht. So hatten, wie Jaruziel[4] berichtet, die Berliner Gerichte in vielen Fällen den Auftraggeber auf Grund der Abmachung, daß er auch für den Fall des Nichtzustandekommens des Vertrages einen Lohn zahlen sollte, zur Zahlung verurteilt. Hinterher stellte sich jedoch vielfach heraus, daß die beauftragten Mäkler sich fast garnicht um die übertragene Vermittlung bemüht hatten, sondern ihr Geschäftsbetrieb nur darauf abgestellt war, für unerledigte Geschäfte Lohn zu erlangen.

Deshalb ist auch ein Lohnversprechen, das Zweifel darüber läßt, ob die Provision bereits für bloße Bemühungen oder erst für das Zustandekommen des gewünschten Vertrages gezahlt werden soll, stets nach der Regel des § 652 BGB. auszulegen, der Mäklerlohn also erst mit dem Zustandekommen des vermittelten Vertrages als verdient anzusehen. In diesem Sinne hat z. B. das Oberlandesgericht Celle[5] ein Lohnversprechen, „falls der Mäkler dem Auftraggeber ein Darlehn vermittele oder ihm doch Gelegenheit zum Abschluß eines Darlehnsvertrages nachweise“, ausgelegt, und selbst die Vertragsbestimmung „Lohn für alle Fälle“ ist vom OLG. Dresden[6] dahin ausgelegt worden, daß der Lohn nur beim Zustandekommen des Vertrages gezahlt werden sollte, da dieses als selbstverständlich vorausgesetzt wurde.

Der vom Gesetz in § 652 BGB. beabsichtigte Schutz des Auftraggebers wäre freilich schon dann erreicht worden, wenn die endgültige Verpflichtung des Auftraggebers, den Lohn zu zahlen, davon abhängig gemacht wäre, daß sich jemand infolge der Vermitt-

4) II, S. 90.
5) OLG. 14, 29.
6) in JHR. 8, 191.

lung des Mäklers bereit erklärt, den gewünschten Vertrag mit dem Auftraggeber abzuschließen; denn auch in diesem Falle hat der Auftraggeber einen äußeren Beweis dafür, daß sich der Mäkler tatsächlich um das Zustandebringen des Vertrages bemüht hat, und es steht nun ganz in seinem Belieben, mit dem Dritten abzuschließen. Das Gesetz geht jedoch noch einen Schritt weiter, indem es darüber hinaus den Provisionsanspruch an das Zustandekommen des vermittelten Vertrages knüpft. Diese Bestimmung kann im Einzelfall ein gewisses Risiko für den Mäkler darstellen, denn nun ist die Entstehung des Lohnanspruches weiterhin dadurch bedingt, daß der Auftraggeber das vermittelte Geschäft auch abschließt, also von einem Umstand abhängig gemacht, dessen Herbeiführung ganz in das Belieben des Auftraggebers gestellt ist; denn der Auftraggeber hat das freie Entschließungsrecht, das ihm angetragene Geschäft abzuschließen oder abzulehnen, ist also keineswegs verpflichtet, den vom Mäkler vermittelten Vertrag abzuschließen; er kann hierbei ganz nach Belieben verfahren und ist dem Mäkler bei der Ausübung seines Entschließungsrechtes keinerlei Rücksichtnahme schuldig. Eine Pflicht zum Abschluß besteht für ihn selbst dann nicht, wenn das vermittelte Geschäft erkennbar günstig für ihn ist, ja vielleicht noch günstigere Bedingungen enthält, als er ursprünglich zu erreichen gehofft hatte, oder wenn er dem Mäkler genaue Anweisungen gegeben hatte und der von diesem vorbereitete Vertrag genau diesen Anweisungen entspricht.[7] Auch wenn bereits ein vorbereitendes Abkommen — das natürlich nicht das geplante Geschäft selbst darstellen darf — geschlossen war, kann sich der Auftraggeber immer noch dadurch der Zahlung der Provision entziehen, daß er von dem Geschäft zurücktritt.[8] Es nützt dem Mäkler auch nichts, wenn der Abschluß des Vertrages infolge eines anderen, in der Person des Auftraggebers liegenden Grundes unterbleibt, so z. B. wenn der Auftraggeber den Mäkler mit der Verschaffung eines Darlehns zur ersten Hypothek beauftragt hat, später aber die erste Hypothek nicht gewähren kann.[9] Der Auftraggeber schuldet den Mäklerlohn selbst dann nicht, wenn die Ablehnung des angetragenen Geschäftes willkürlich und geschäftlich nicht zu rechtfertigen war.

7) A. A. OLG. Naumburg 12, 89 = Seuff. A. 61, S. 357.
8) Bolze, 9, 326.
9) Wie hier die durchaus herrschende Meinung, vgl. Planck, Vorbem. V, 4 b α Staudinger, Erl. III, 2 a zu § 652; Staub, Vorbem. 17 vor § 93 HGB., Dernburg, II, 2 § 339 Anm. 11; Düringer-Hachenburg, Vorbem. Anm. 12; Oertmann, Erl. 2 a α; Doerr, in Seuff. Bl. 70, S. 633; Jacusiel, S. 80; Reichel, S. 6 und Zentr. Bl. S. 300; RGE. 47, S. 255; a. M. Lotmar, I, S. 285.

Dadurch, daß der Auftraggeber sich zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts der Vermittlung eines Mäklers bedient, verzichtet er auch noch keineswegs darauf, das betreffende Geschäft selbst oder durch einen Dritten abzuschließen.[11] Er bleibt immer noch Herr des Geschäfts und legt es nicht ausschließlich und unwiderruflich in die Hände des Mäklers.[12] Schließt der Auftraggeber das Geschäft selbst oder durch einen anderen Mäkler ab, so ist aber zu prüfen, ob die Tätigkeit des ersten Mäklers nach den hierfür geltenden Grundsätzen bereits als kausal für den Vertragsschluß anzusehen ist oder nicht.[13] Besteht ein genügender Kausalzusammenhang, so ist der Lohn zu zahlen, und auch eine Kündigung des Mäklervertrages — die an sich jederzeit zulässig ist[14] — kann hier den Auftraggeber nicht mehr von seiner Zahlungspflicht befreien; denn die erforderliche Tätigkeit des Mäklers ist bereits geleistet und kann nicht mehr hinterher durch eine Kündigung unwirksam gemacht werden. War dagegen die Tätigkeit des Mäklers noch nicht soweit fortgeschritten, daß sie als kausal für den anderweitigen Abschluß gelten konnte, so besteht die Kündigung zu Recht und befreit den Auftraggeber von seiner Zahlungspflicht.

Der Auftraggeber kann sich jedoch seines Rechtes zum anderweitigen Abschluß des gewünschten Vertrages dadurch begeben, daß er, z. B. beim Verkauf eines Grundstückes, dem Mäkler für eine bestimmte Zeit den „Alleinverkauf" überträgt. Denn diese Vereinbarung bedeutet, daß der Auftraggeber während der vertragsmäßigen Zeit nur durch den Mäkler verkaufen darf, mit der Folge, daß er dem Mäkler den entstandenen Schaden zu ersetzen hat, wenn er vertragswidrig den Verkauf selbst oder durch einen anderen Mäkler vornimmt.[15] Eine andere, oft übliche Vereinbarung ist die, daß der Auftraggeber dem Mäkler das geplante Geschäft für eine bestimmte Zeit „fest an die Hand gibt".[16] Diese Klausel bedeutet zunächst, daß der Auftraggeber innerhalb der vertragsmäßigen Frist auf den Widerruf des Vermittlungsauftrages verzichtet; ob sie

---

10) RG. in JW. 02, Beil. 228; 1911, S. 758; 1916, 1585⁴. Recht 1907, Nr. 1817; Dernburg, II, 2 § 339, II, 1. Enneccerus, I, 2 § 378, II, 1 d; a. M. OLG. 12, 89, Rob. Mayer, aaO. S. 26 ff., Fischer-Henle, § 652, Erl. 7.

11) Vgl. Rospatt, Gruch. 45, S. 547 ff.; Reichel, S. 203; Planck, Vorbem. V, 4 b α; ferner OLG. 8, 77; 12, 88.

12) So RG. bei Bolze 20, Nr. 408 und Gruch. 28, S. 855.

13) Ueber die Frage des erforderlichen Kausalzusammenhanges („infolge" der Vermittlung) vgl. Staub, Anm. 31—33 vor § 93 HGB. Planck, Erl. 3 c zu § 652; Staudinger, Anm. III, 5 zu § 256; Jacusiel, S. 104 ff.; ferner Reichel, S. 122 ff mit besonderem Standpunkt.

14) Vgl. aber („Fest an die Hand geben") im folgenden.

15) Vgl. Planck, Vorbem. V, 4 b β; Reichel. S. 205 ff. RG. 76, 361.

16) Vgl. dazu Reichel, S. 219 ff und über die wirtschaftliche Bedeutung dieser Klausel R. Mayer, S. 22. Ferner LZ. 25, 663.

darüber hinaus auch die Bedeutung hat, daß der Auftraggeber, wie bei der Uebertragung des Alleinverkaufs, nicht selbst oder unter Zuziehung eines anderen Mäklers abschließen darf, ist nicht, wie Mayer[17] meint, regelmäßig der Fall, sondern stets für den Einzelfall im Wege der Vertragsauslegung festzustellen, wobei die Verkehrssitte, der Orts- und der Geschäftsgebrauch eine besondere Rolle spielen.[18] Der Bruch dieser Vereinbarungen durch den Auftraggeber hat noch nicht ohne weiteres zur Folge, daß der Auftraggeber dem Mäkler den versprochenen Lohn zu zahlen hat; vielmehr hat der Mäkler gegen ihn nur einen Schadensersatzanspruch auf Grund der Vertragsverletzung. Der Schaden, den der Mäkler hierbei geltend machen kann und für den er nach den allgemeinen Regeln beweispflichtig ist, besteht zunächst in dem Ersatz der gemachten Aufwendungen; ob der Mäkler darüber hinaus auch die vereinbarte Vergütung abzüglich der Unkosten (§ 652 Abs. 2 BGB.) verlangen kann, hängt davon ab, ob er durch seine Vermittlung einen Vertrag der ihm aufgetragenen Art herbeigeführt hätte, wenn er nicht durch das vertragswidrige Verhalten des Auftraggebers daran gehindert worden wäre. Rospatt[19] leugnet hier die Möglichkeit, einen solchen Schaden nachzuweisen, da es dem Auftraggeber auf Grund seines freien Entschließungsrechts, das durch die erwähnten Klauseln in keiner Weise berührt wird,[20] immer noch freigestanden hätte, den von dem Mäkler vorbereiteten Vertragsschluß abzulehnen, und kommt deshalb zu dem Schluß, daß die Beschränkung der Rechte des Auftraggebers durch derartige Klauseln nahezu ohne praktische Bedeutung sei. Diesen Einwand erkennt das Reichsgericht[21] jedoch nicht an. Nach ihm genügt der Mäkler seiner Beweispflicht hinsichtlich des ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem vertragswidrigen Verhalten des Auftraggebers und dem ihm entstandenen Schaden, wenn er nachweist, daß es ihm tatsächlich gelungen wäre, innerhalb der vertragsmäßigen Frist einen zum Abschluß unter angemessenen Bedingungen bereiten und auch leistungsfähigen Kontrahenten zu finden; denn damit war die Wahrscheinlichkeit gegeben, daß der Auftraggeber den Vertrag abschließen und somit den Lohnanspruch zur Entstehung bringen würde, und diese Wahrscheinlichkeit genügt, um den erforderlichen Kausalzusammenhang darzulegen. Der Einwand des Auftraggebers, daß

17) Seite 22.
18) Vgl. Planck, Vorbem. V, 4 b β und die dort zitierten Entscheidungen; ebenso Staudinger, § 652 Erl. II, 2 a.
19) aaO. S. 55.
20) RG. 76, 361.
21) RG. 76, 361.

es ihm auf Grund seines freien Entschließungsrechtes möglich gewesen wäre, den Vertragsschluß abzulehnen, greift in dieser allgemeinen Form nicht durch; denn die Frage, ob das von dem Mäkler vertragsmäßig vorbereitete Geschäft auch zustandegekommen wäre, ist nicht nach den Launen des Auftraggebers zu beurteilen, sondern nur danach, ob dieser sich bei verständiger Würdigung der Sachlage zum Abschluß entschieden hätte.[22] Kann jedoch demgegenüber der Auftraggeber nachweisen, daß er gleichwohl bei verständiger Würdigung der Sachlage mit dem vom Mäkler zugeführten Dritten nicht abgeschlossen hätte, so ist damit der Kausalzusammenhang nicht gegeben, ein Schadensersatzanspruch des Mäklers also auch nicht entstanden.

§ 3.

Daß das unbeschränkte Recht des Auftraggebers, den Vertragsschluß abzulehnen, im Einzelfall für den Mäkler eine gewisse Härte darstellen kann, zeigt sich besonders dann, wenn der Mäkler das Geschäft ganz auftragsgemäß vermittelt hatte und die Ablehnung des Auftraggebers willkürlich und durch keinerlei geschäftliche Interessen berechtigt war. Man hat deshalb auf verschiedenem Wege versucht, dem Mäkler in derartigen Fällen einen Anspruch auf die versprochene Provision zu geben.

Zunächst hat man auf § 162 BGB. verwiesen und gesagt, der Auftraggeber verhindere durch die willkürliche Verweigerung des Vertragsschlusses wider Treu und Glauben das Zustandekommen des vermittelten Vertrages und damit den Eintritt der Bedingung, von der nach dem Gesetz der Provisionsanspruch des Mäklers abhängt; demnach gälte kraft der Fiktion des § 162 Abs. 1 BGB. der Vertrag als zustandegekommen und die versprochene Provision sei verdient. Besonders R. M a y e r[1] will auf diesem Wege dem Mäkler in den genannten Fällen die Provision zusprechen. Er untersucht zunächst die Frage, ob die §§ 158 ff. BGB. überhaupt auf die in § 652 enthaltene Bedingung anwendbar sind; dies erscheint immerhin zweifelhaft im Hinblick darauf, daß es sich in § 652 um eine von dem Recht selbst gesetzte Bedingung handelt, also um eine sog. Rechtsbedingung, auf die die §§ 158 ff. BGB. nicht ohne weiteres anwendbar sind.[2] Mayer gelangt dann aber zu dem Ergebnis, daß die in § 652 für die Entstehung des Lohnanspruches aufgestellte

22) RG. 76, 363; RG. Gruch. 49, 619; 56, 119.
1) Seite 26 ff.
2) Vgl. Fischer-Henle, § 158, Erl. 2, RG. Gruch. 56, 119 und die Zusammenstellung bei Callmann, S. 24.

Bedingung keine wirkliche, sondern nur eine scheinbare Rechtsbedingung sei, da die wahre Rechtsbedingung unabdingbar sei, während die Entstehung des Lohnanspruches von den Parteien auch an andere Bedingungen geknüpft werden könne; als scheinbare Rechtsbedingung stehe sie aber einer durch Parteivereinbarung gesetzten Bedingung vollkommen gleich und unterliege deshalb auch der Anwendung der §§ 158 ff. BGB.

Wenn dem auch im Endergebnis zuzustimmen ist, so ist doch nicht einzusehen, warum Mayer zum Begriff der Rechtsbedingung die Unabdingbarkeit gehören läßt und deshalb die in § 652 enthaltene Bedingung nicht als wahre Rechtsbedingung ansieht.[3] Rechtsbedingung ist jede Bedingung, die einen rechtlichen Erfolg an den Eintritt eines ungewissen zukünftigen Ereignisses von Rechts wegen knüpft,[4] unterscheidet sich also von der eigentlichen Bedingung im Sinne der §§ 158 ff. dadurch, daß sie nicht erst vereinbart zu werden braucht, sondern bereits im Gesetz vorhanden ist. Stellt sie ein ius cogens dar, so kann naturgemäß durch die Parteien keine andere Bedingung an ihre Stelle gesetzt werden, wohl aber dann, wenn es den Parteien überlassen bleibt, nach ihrem Willen den Eintritt der betreffenden Rechtsfolge an eine andere als die im Gesetz dafür bezeichnete Voraussetzung zu knüpfen. Dadurch hört diese dispositive Rechtsbedingung aber noch nicht auf, eine Rechtsbedingung zu sein, ebensowenig wie jeder andere dispositive Rechtssatz deswegen aufhört, ein Rechtssatz zu sein. Die dispositive Rechtsnorm oder die dispositive Rechtsbedingung gelten eben, solange für den Einzelfall keine abweichende Regelung von den Parteien getroffen worden ist. In ihren Folgen steht aber die dispositive Rechtsbedingung der gewillkürten Bedingung vollkommen gleich, d. h. die §§ 158 ff. sind auf sie ebenfalls anwendbar.[5] Denn wenn es den Parteien freigestellt bleibt, an welche Bedingung sie den Eintritt einer Rechtsfolge knüpfen wollen, an die im Gesetz dafür vorgesehene oder an eine frei gewählte, dann muß auch die rechtliche Behandlung beider Bedingungsarten hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 158 ff. die gleiche sein. So wäre es z. B. für den Fall des § 652 BGB. nicht einzusehen, daß die §§ 158 ff. nur dann angewandt werden könnten, wenn die Parteien die Entstehung des Lohnanspruchs vereinbarungsgemäß nicht an das Zustandekommen des vermittelten Vertrages, sondern vielleicht an seine Ausführung geknüpft haben, daß

3) A. A. auch Callmann, S. 41.
4) Vgl. Callmann, S. 2.
5) So ist es offenbar auch zu verstehen, wenn Fischer-Henle aaO. sagt, die §§ 158 ff seien „nicht ohne weiteres" auf die Rechtsbedingung anwendbar; vergl. auch Callmann, Seite 25.

ihre Anwendbarkeit aber dann zu versagen ist, wenn die Parteien es bei der gesetzlichen Regelung, also dem Zustandekommen des Hauptvertrages, bewenden ließen.

Steht somit hinsichtlich der Rechtsnatur der in § 652 enthaltenen Bedingung einer Anwendung der §§ 158 ff. nichts entgegen, so läßt sich trotzdem in den gedachten Fällen ein Anspruch des Mäklers auf dem Wege über § 162 BGB. nicht herleiten; denn der Auftraggeber verstößt nicht gegen Treu und Glauben, wenn er das von dem Mäkler angetragene Geschäft ohne ersichtlichen Grund zurückweist. Für die Anwendbarkeit des § 162 ist stets ein Eingreifen, ein positives Tun erforderlich; ein Unterlassen, wie es hier bezüglich des Abschlusses des Vertrages in Frage käme, ist nur dann ein Verstoß gegen Treu und Glauben i. S. von § 162, wenn eine besondere Rechtspflicht zum Handeln bestand.[6] Für den Auftraggeber besteht aber, wie oben dargelegt, keine Rechtspflicht, den vermittelten Vertrag abzuschließen; die Begründung des Lohnanspruches steht unter der reinen Potestativbedingung des Vertragsschlusses durch den Auftraggeber,[7] genau so, wie der Kauf auf Probe im Zweifel unter der aufschiebenden reinen Potestativbedingung der Billigung durch den Käufer geschlossen ist (§ 495 BGB.). Wo aber der Eintritt eines rechtlichen Erfolges von der Willkür jemandes abhängt, da kann die Nichtherbeiführung dieses Erfolges auch keine rechtlichen Wirkungen gegen ihn haben. Auch nach Treu und Glauben ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, den vermittelten Vertrag abzuschließen; denn er wollte sich bei Abschluß des Mäklervertrages dem Mäkler gegenüber in keiner Weise verpflichten, eine ihm etwa gebotene Gelegenheit, das gewünschte Geschäft abzuschließen, auch wirklich zu benutzen; seine Weigerung, den Vertrag abzuschließen, kann deshalb auch nicht gegen Treu und Glauben verstoßen.[8] Es geht entschieden zu weit, wenn M a y e r[9] zur Begründung seiner gegenteiligen Ansicht sagt, der „objektive Sinn des Mäklervertrages sei doch der, daß der Lohnversprecher durch Vermittlung des Mäklers einen Hauptvertrag zu Bedingungen, die seinem Interesse entsprächen, abschließen wolle; im Vertrauen hierauf werde der Mäklervertrag geschlossen". Denn dieses Vertrauen, das der Mäkler hier dem Auftraggeber entgegenbringt, kann nie dazu führen, nach Treu und Glauben eine Pflicht des Auftraggebers zum Abschluß des vermittelten Vertrages zu erzeugen.

6) Vgl. auch OLG. Königsberg 12, 240; Callmann, S. 40.
7) Reichel, S. 6.
8) Jacusiel, S. 81.
9) aaO. S. 20.

Mayer beruft sich ferner auf die oben S. 9 wiedergegebene Entscheidung des Reichsgerichts[10] und einige ähnliche Urteile[11], die die Frage, ob dem Mäkler die Vermittlung des Hauptvertrages gelungen wäre, wenn der Auftraggeber den Abschluß des Geschäftes nicht willkürlich abgelehnt hätte, nicht nach den Launen des Auftraggebers entschieden wissen wollen, sondern danach, ob dieser „bei verständiger Würdigung der Sachlage" den Abschluß des Geschäftes vorgenommen hätte; das angebliche „gute Recht"[12] des Lohnversprechers, sein Entscheidungsrecht willkürlich auszuüben, versage hier gegenüber der Forderung, daß sein Verhalten einer verständigen Würdigung der Sachlage entsprechen müsse; andernfalls verstoße es gegen Treu und Glauben.[13] Diese Folgerung hat Mayer[14] jedoch in offenbarer Verkennung des Sinnes der bezeichneten Reichsgerichtsentscheidungen gezogen; denn wenn dort die Behauptung aufgestellt wird, daß die Frage nach dem Zustandekommen des vermittelten Vertrages nicht nach den Launen des Auftraggebers entschieden werden dürfe, sondern lediglich danach, ob sich der Auftraggeber bei verständiger Würdigung der Sachlage zum Abschluß des Geschäftes entschieden hätte, so soll dadurch nur dem Mäkler der Nachweis des ursächlichen Zusammenhanges zwischen einer Vertragsverletzung des Auftraggebers und dem ihm dadurch entstandenen Schaden erleichtert werden. Die genannte Entscheidung sagt nichts darüber, daß der Auftraggeber sein Entscheidungsrecht nicht willkürlich ausüben dürfe; im Gegenteil heißt es dort ausdrücklich, daß der Auftraggeber auch trotz seines Verzichts auf den Widerruf nicht verpflichtet sei, mit dem vom Mäkler zugeführten Dritten abzuschließen.

Ein weiterer Weg, der vorgeschlagen wurde, um dem Mäkler bei willkürlicher Ablehnung des Vertragsschlusses durch den Auftraggeber einen Anspruch auf die versprochene Vergütung zu geben, ist § 324 BGB., wonach diejenige Partei, der die aus einem gegenseitigen Vertrage obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der andere Teil zu vertreten hat, den Anspruch auf die Gegenleistung behält.[15] Aber auch dieser Weg führt nicht zum Ziele; § 324 ist aus mehr als einem Grunde hier gänzlich unanwendbar.

10) RG. 76, 361.
11) RG. Gruch. 49, 619; 56, 119.
12) Oertmann, Erl. 2 a α.
13) Mayer, S. 26.
14) Und ebenso Fischer-Henle § 652 Erl. 7.
15) Lotmar I 285; Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte 418; OLG. 12, 89.

Zunächst setzt § 324 einen gegenseitigen Vertrag voraus. Der Mäklervertrag, wie er sich nach der gesetzlichen Regelung darstellt, ist aber kein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 324 ff. BGB.; denn das Gesetz schafft in § 652 BGB. nur eine Verpflichtung des Auftraggebers, nämlich die Pflicht, beim Zustandekommen eines Vertrages durch die Tätigkeit des Mäklers den versprochenen Lohn zu zahlen; gegenüber dieser Verpflichtung des Auftraggebers ist aber eine ihr entsprechende Pflicht des Mäklers, den angestrebten Vertrag zustande zu bringen, nicht anerkannt, aus der Erwägung heraus, daß das Zustandekommen des vermittelten Vertrages lediglich auf der freien Entschließung des Auftraggebers beruht und deshalb außerhalb jeder Einwirkung des Mäklers steht. Als inneres Korrelat zu dem freien Entschließungsrecht des Auftraggebers ist es also ganz in das Belieben des Mäklers gestellt, ob er für den Auftraggeber tätig werden will oder nicht; einen Ansporn bildet für ihn nur der in Aussicht gestellte Lohn, also die Rücksicht auf eine Verdienstmöglichkeit und damit auf sein eigenes Interesse. Gesetzliche Pflichten, die dem Mäkler aus dem mit dem Auftraggeber eingegangenen Vertragsverhältnis obliegen, ergeben sich nur aus § 654 in Verbindung mit den §§ 157 und 242 BGB.: Der Mäkler hat, falls er für seinen Auftraggeber tätig wird, hierbei Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu wahren.[16] Als Beispiele für die sich hieraus ergebenden Pflichten des Mäklers sei erwähnt, daß der Mäkler seinem Auftraggeber alle für diesen wichtigen Umstände mitzuteilen hat, wie z. B. die Zahlungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit des Dritten,[17] oder daß er dem Zustandekommen des Geschäftes mit dem Dritten nicht entgegenwirken darf, sondern sogar verpflichtet ist, sich bei der Vermittlung des Vertrages um die Erlangung der günstigsten Bedingungen für den Auftraggeber zu bemühen. Die Wahrung dieser Pflichten, die zusammengefaßt als „Treuepflicht" des Mäklers bezeichnet werden, ist aber nur eine allgemeine Schuldnerpflicht des Mäklers, die sich aus dem zwischen ihm und seinem Auftraggeber bestehenden Vertrauensverhältnis ergibt, also eine reine Nebenverpflichtung, für deren Innehaltung er nicht bezahl wird;[19] sie sind deshalb auch nicht geeignet, den Mäklervertrag zu einem gegenseitigen Vertrage im Sinne der §§ 320 ff. BGB. zu machen.[20] Aus diesem Grunde ver-

16) Vgl. hierzu besonders Rumpf in ZivA. 119, 95.
17) RG. SeuffA. 56, 127.
18) RG. SeuffA. 56, 42.
19) Enneccerus, I, 2, § 378 Anm. 1.
20) Wie hier die herrschende Meinung, vgl. Staub, Vorbem. 2 vor § 93 HGB., Planck, Vorbem. IV, 3 vor § 652; Enneccerus, I, 2, § 377 Anm. 4; Reichel, S. 8 ff.;

bietet sich die Anwendung des § 324 BGB. in dem oben gedachten Sinne von selbst.[21]

Es ist oben erwähnt worden, daß die Parteien im Einzelfall den Mäklervertrag zu einem gegenseitigen Vertrag machen können, indem sie vereinbaren, daß auch der Mäkler zu einer Leistung verpflichtet sein soll. Damit wäre das äußere Erfordernis für die Anwendbarkeit des § 324, nämlich das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages, gegeben; seine Anwendung ist aber auch hier ausgeschlossen, und zwar deshalb, weil der Auftraggeber durch seine Weigerung, den vermittelten Vertrag abzuschließen, nicht die dem Mäkler obliegende Leistung unmöglich macht, sondern lediglich den Erfolg, zu dessen Herbeiführung die Leistung dienen sollte. Denn hat sich der Mäkler z. B. verpflichtet, dem Auftraggeber durch Benennung eines zum Abschluß bereiten Dritten die Möglichkeit zu verschaffen, das geplante Geschäft abzuschließen,[22] so ist mit der Benennung jenes Dritten die dem Mäkler obliegende Leistung erbracht worden; es wäre begrifflich und logisch unmöglich, die Leistung, zu der sich der Mäkler verpflichtet hat, auch auf den Abschluß des vermittelten Vertrages zu erstrecken. Daß dies im täglichen Leben bisweilen geschieht, indem man unter „Vermittlung" zugleich den vermittelten Abschluß versteht, ist eine Auffassung, die nur auf einer ungenauen Ausdrucksweise beruht, aber gegenüber einer logischen Betrachtung nicht standhält. Denn der Abschluß des vermittelten Vertrages ist eine „Leistung", die nur von dem Auftraggeber bewirkt werden kann, und zwar erst dann, wenn der Mäkler durch Ermöglichung des Abschlusses seine Verpflichtung aus dem Mäklerwerkvertrag erfüllt hat. So unterscheidet auch das Gesetz in § 652 ausdrücklich zwischen der abgeschlossenen Vermittlung einerseits und dem Abschluß des Vertrages andererseits, indem es als Voraussetzung für die Entstehung des Lohnanspruches fordert, daß „infolge der Vermittlung des Mäklers" „der Vertrag zustande gekommen ist". Der Auftraggeber, der das Geschäft, zu dessen Vermittlung sich der Mäkler verpflichtet hat, nicht abschließt, macht also die dem Mäkler obliegende Leistung nicht möglich, sondern er verwertet sie nur nicht wirtschaftlich. Dasselbe gilt natürlich erst recht dann, wenn die Verpflichtung des Mäklers nicht so weit gegangen ist, wie in dem eben behandelten Falle, sondern nur die Entfaltung einer gewissen Tätigkeit zum Gegenstande gehabt hat.

Jacusiel, S. 49; Woltersdorff, aaO. S. 15; Doerr, S. 622, RGRKomm. § 652, Erl. 1; a. A. Schollmeyer, S. 113; Dernburg, II, 2 § 338, 1; Crome, § 272 Nr. 3 und in „Partiarische Rechtsgeschäfte" S. 417; anscheinend auch Staudinger, Vorbem. 6 vor § 652.

21) Staudinger, III, 2 a zu § 652; Reichel, S. 8 ff.

22) „Mäklerwerkvertrag", vgl. Enneccerus, I, 2 § 377.

Auch aus § 826 BGB. läß sich für den Fall, daß der Auftraggeber sich grundlos weigert, den vermittelten Vertrag abzuschließen, ein Anspruch des Mäklers nicht herleiten. Daß § 826, wie Reichel[24] meint, schon deshalb nicht paßt, weil nach ihm nur das negative, aber nicht auch das positive Vertragsinteresse zu vergüten ist, der Mäkler also nur Ersatz für die gemachten Auslagen und erlittenen Erwerbsverluste, aber nicht auch die vereinbarte Provision fordern könne, ist allerdings nicht zuzugeben; denn auch hier wäre es dem Mäkler leicht möglich, den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Ablehnung des Vertragsschlusses durch den Auftraggeber und dem ihm entgangenen Gewinn nachzuweisen;[25] da es nur darauf ankommt, wie ein „verständiger Geschäftsmann bei verständiger Würdigung der Sachlage" gehandelt hätte. Die Anwendung des § 826 ist vielmehr deswegen ausgeschlossen, weil eine grundlose Ablehnung des Vertragsschlusses durch den Auftraggeber keinen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt und deshalb auch keine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung im Sinne der genannten Vorschrift ist. Denn der Auftraggeber, der ein brauchbares Vertragsangebot ohne triftigen Grund ablehnt, verstößt dadurch ebensowenig gegen die guten Sitten, wie ein Probekäufer, der eine durchaus akzeptable Kaufsache grundlos zurückweist. Denn wie das Reichsgericht[26] ausgeführt hat, läßt sich eine dem § 826 unterfallende vorsätzliche Schadenszufügung nicht schon darin erblicken, daß jemand die Erlangung eines Vorteils unmöglich gemacht wird, auf den er keinen Rechtsanspruch hat. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß der Anspruch des Mäklers auf die Provision mit dem Abschluß des Mäklervertrages schon bedingt besteht; denn das bedingte Ereignis liegt in einer willkürlichen Handlung des bedingt Verpflichteten.

§ 826 wäre nur dann anwendbar, wenn der Auftraggeber von vornherein die Absicht gehabt hat, einen vom Mäkler vermittelten Vertrag nicht abzuschließen, vielleicht weil er bereits abgeschlossen oder doch schon jemand fest an der Hand hat; denn dann hat er den Mäklerauftrag nur deshalb erteilt, um dem Mäkler unnütze Mühe und Kosten zu machen, und darin läge eine nach § 826 BGB. zum Schadensersatz verpflichtende Handlung.[27]

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß de lege lata keine Möglichkeit gegeben ist, dem Mäkler einen Anspruch auf die Pro-

23) „Mäklerdienstvertrag", vgl. Enneccerus, aaO.
24) Seite 11.
25) Vgl. RG. 76, 361, oben S. 9.
26) In Recht 1912, Nr. 583.
27) Reichel S. 11.

vision zuzuerkennen, wenn der Auftraggeber willkürlich den Abschluß des vermittelten Vertrages verweigert. Aber auch de lege ferenda scheint eine Aenderung des gesetzlichen Standpunktes — etwa in der Weise, daß der Mäkler die Provision bereits dann verdient hat, wenn er dem Auftraggeber einen zum Abschluß bereiten Dritten zuführt — nicht erforderlich. Denn ganz abgesehen davon, daß die üblichen oder vereinbarten Provisionssätze meistens so hoch bemessen sind, daß sie zugleich eine ausreichende Entschädigung für diejenigen Fälle bieten, in denen ein Vertrag nicht zustandekommt, bildet das freie Entschließungsrecht des Auftraggebers kein so großes Risiko für den Mäkler, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag. Denn in der Regel wird der Auftraggeber nur dann noch im letzten Augenblick von dem Abschluß des seinen Wünschen entsprechend vermittelten Vertrages Abstand nehmen, wenn ihm dies auf Grund einer reiflicheren Ueberlegung oder veränderter Umstände geboten erscheint. Eine Ablehnung des Vertragsschlusses lediglich deswegen, damit der Provisionsanspruch des Mäklers nicht zur Entstehung gelangt, dürfte praktisch kaum vorkommen, da gegenüber dem überragenden wirtschaftlichen Interesse, das der Auftraggeber an dem Zustandekommen des Hauptvertrages hat, der dadurch bedingte Mäklerlohn „geringfügig und unerheblich“[28] ist.[29] Außerdem dürfte es dem Mäkler in einem solchen Falle kaum gelingen, im Prozeß gegen den Auftraggeber den Nachweis zu erbringen, daß dieser den Vertragsschluß ohne triftigen Grund abgelehnt hat. Schließlich und hauptsächlich bleibt noch zu bedenken, daß es sich bei der Regel des § 652 BGB. um dispositives Recht handelt, sodaß es dem Mäkler, der das Risiko des freien Entschließungsrechts des Auftraggebers nicht übernehmen will, in jedem Falle unbenommen bleibt, sich die Provision oder doch wenigstens eine Auslagenvergütung bereits für die Zuführung eines geeigneten und zum Abschluß bereiten Dritten auszubedingen, eine Möglichkeit, von der in der Praxis tatsächlich auch vielfach Gebrauch gemacht wird.[30] Dadurch ist aber den Interessen des Mäklers gegenüber dem freien Entschließungsrecht des Auftraggebers hinreichend gedient.

§ 4.

Ist in Abweichung von der Regel des § 652 BGB. der Anspruch auf die Mäklerprovision durch Vereinbarung der Parteien von der E r f ü l l u n g des vermittelten Vertrages abhängig ge-

28) RG. DJZ. Bd. 2, S. 87.
29) Vgl. R. Mayer S. 17.
30) Vgl. Reichel S. 13 f.

macht worden, so hat man zwei Fälle zu unterscheiden: Der Anspruch auf die Provision kann, wie in § 652 durch das Zustandekommen des vermittelten Vertrages, durch die Erfüllung des Vertrages aufschiebend bedingt sein, sodaß er also erst mit diesem Zeitpunkt rechtswirksam wird; andererseits kann der Lohn, wie im Regelfall, bereits mit dem Abschlusse des vermittelten Vertrages verdient sein, seine Auszahlung aber durch dessen Erfüllung befristet sein.[1] Welche Möglichkeit im Einzelfall von den Parteien gemeint ist, muß im Wege der Auslegung festgestellt werden. Liegt eine bloße Befristung vor, so wird, falls die Ausführung des Vertrages aus irgend einem Grunde unterbleibt, der nicht im mangelhaften Vertragsschluß selber begründet ist, der Mäklerlohn in dem Zeitpunkt fällig, in dem der Vertrag vereinbarungsgemäß ausgeführt werden sollte, oder in dem er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge voraussichtlich ausgeführt worden wäre.[2]

War dagegen die Erfüllung des Vertrages zur wirklichen Bedingung für die Entstehung des Lohnanspruches gemacht,[3] so gelten die entsprechenden Grundsätze wie für den Fall, wo nur das Zustandekommen des Vertrages Voraussetzung für den Lohnanspruch ist. Die Provision ist also nicht verdient, wenn die Beteiligten den Vertrag vor seiner Ausführung im Wege der Vereinbarung wieder aufheben, oder wenn die Ausführung des Vertrages aus irgend einem anderen Grunde, sei es auch durch ein schuldhaftes Verhalten des Auftraggebers gegenüber seinem Geschäftsgegner, unterbleibt. Im Einzelfall kann zwar die Vertragsauslegung zu dem Ergebnis führen, daß der Mäklerlohn trotz Nichtausführung des Geschäftes verdient sein soll, wenn die Nichtausführung auf einem durch die Umstände nicht gerechtfertigten Verhalten des Auftraggebers beruht.[4] Aber im allgemeinen ist an dem Grundsatz festzuhalten, daß der Auftraggeber bezüglich der Ausführung des Geschäftes dem Mäkler gegenüber freie Hand hat und ebensowenig, wie er im Regelfall verpflichtet ist, den vermittelten Vertrag abzuschließen, auch zur Ausführung des Vertrages verpflichtet ist, nur um dadurch den Provisionsanspruch zur Entstehung zu bringen.[5] Eine Ausnahme machen jedoch auch hier die Fälle, in denen das Verhalten des Auftraggebers gegen

---

1) Vgl. Planck, Erl. 3 b γ zu § 652; RG. Recht, 1909, Nr. 3054.
2) Vgl. Planck, aaO. Ferner RG. Recht 09, Nr. 3054; Jacusiel, S. 133.
3) Vgl. OLG. Karlsruhe in Bad. Rspr. 8, 50.
4) Vgl. RG. LZ. 1921, 61, Nr. 7.
5) Planck, § 652 Erl. 3 b γ; Staub, Vorbem. 28 vor § 93 HGB. Jacusiel, S. 133; RGRKomm. Erl. 2 b zu § 652 und die ständige Rechtsprechung des RG., vgl. JW. 16, 1585[4]; 19, 449; RG. 95, 134; SeuffA. 73, Nr. 101.

Treu und Glauben verstößt, so z. B. wenn er die Ausführung des Vertrages unterläßt in der Absicht, den Mäkler um seinen Lohn zu bringen und sich trotzdem irgendwie die Vorteile des Geschäftes zu sichern; denn dann gälte gemäß § 162 BGB. die Bedingung für den Lohnanspruch als eingetreten.[6]

Nach Jarusiel[7] wird jedoch hier die Rechtsprechung des Reichsgerichts dem wahren Willen der Beteiligten auf Kosten des Mäklers nicht gerecht; denn der Auftraggeber will sich durch die Klausel, daß die Provision erst nach Ausführung des Geschäftes zu zahlen sei, dem Mäkler gegenüber seine Entschließungsfreiheit nicht auch noch nach dem Abschluß des Vertrages wahren, sondern sich nur dagegen schützen, daß er trotz Zahlungsunfähigkeit des Gegners oder bei sonstiger nichtgehöriger Erfüllung durch denselben die Provision zu zahlen hat. Durch eine solche Abmachung wird aber der Mäkler genau so gestellt wie der Handlungsagent (§ 88 HGB.), und diesem ist die Provision stets dann zuzuerkennen, wenn die Ausführung des Geschäftes infolge eines schuldhaften Verhaltens des Geschäftsherrn unterbleibt[8] (§ 88 Abs. II HGB.). Diese Auslegung erscheint durchaus richtig, doch steht ihr immer noch die herrschende Meinung entgegen, die auf Grund der rechtlichen Verschiedenheit zwischen dem Mäkler- und Agentenverhältnis den § 88 Abs. 2 HGB. auf den Mäklervertrag nicht für entsprechend anwendbar erklärt,[9] selbst dann nicht, wenn der Mäkler mehrfach für den Auftraggeber tätig geworden ist.[10]

§ 5.

Die Provision des Mäklers ist ferner noch nicht verdient, wenn der Auftraggeber, wie dies im Grundstücksverkehr häufig geschieht, erst einen sog. Vorvertrag mit dem Dritten abgeschlossen hat, in dem sich beide Teile verpflichten, das vom Auftraggeber geplante Geschäft abzuschließen. Erst wenn die Parteien in Erfüllung dieses Vorvertrages den Hauptvertrag abgeschlossen haben, ist der vermittelte Vertrag im Sinne des § 652 BGB. zustandegekommen und damit der Lohnanspruch des Mäklers begründet.

Die Tatsache, daß mit dem Abschluß eines bloßen Vorvertrages der Mäklerlohn noch nicht verdient ist, führt hinsichtlich der Vermittlung von Darlehn zu der lebhaft bestrittenen Frage, in welchem

6) Vgl. OLG. 34, 51.
7) Seite 131 ff.
8) Ebenso R. Mayer 53 ff., Reichel S. 74 ff.
9) So Planck Erl. 3 b γ zu § 652; Staub, Vorbem. 23 vor § 93 HGB. RG. 95, 134; RG. JW. 1916, 1585 Nr. 4. OLG. 22, 320.
10) RG. JW. 1922, 487[9].

Zeitpunkt der Mäkler, der die Vermittlung eines Darlehns besorgt hat, die vereinbarte Vergütung fordern kann. Der Darlehnsvertrag ist nach § 607 BGB. ein Realkontrakt, d. h. erst mit der Hingabe des Geldes an den Darlehnsnehmer ist der Vertrag zustandegekommen. In der Regel erfolgt aber die Hingabe des Darlehns in Erfüllung eines Vorvertrages, in dem sich der Geldgeber verpflichtet hat, dem Darlehnsnehmer unter bestimmten Bedingungen ein Darlehn zu geben. Nach der eben aufgestellten Regel, daß der Abschluß eines Vorvertrages die Entstehung des Provisionsanspruches noch nicht zur Folge hat, kann also der Mäkler, der mit der Vermittlung eines Darlehns beauftragt worden ist, den dafür versprochenen Lohn noch nicht fordern, wenn sich jemand in einem Vertrage verpflichtet hat, seinem Auftraggeber das gewünschte Darlehn zu geben, sondern erst dann, wenn durch Auszahlung des Darlehns der eigentliche Darlehnsvertrag gemäß § 607 BGB. zustandegekommen ist. Tatsächlich steht denn auch die herrschende Meinung in Rechtslehre und Rechtsprechung auf diesem Standpunkt. So soll auch Staudinger[1] die rechtliche Natur des Darlehnsvertrages als eines Realkontrakts und der mutmaßliche Wille der Parteien dafür sprechen, daß die Provision im Zweifel erst mit der Auszahlung des Darlehnsbetrages verdient ist, da für die Regel nicht anzunehmen sei, daß ein Darlehnssucher die gewöhnlich nicht unerhebliche Mäklerprovision bereits für die Zuführung eines Dritten zahlen wolle, der sich zur Hingabe der Darlehnssumme nur verpflichtet hat, also für ein bloßes pactum de mutuo dando. Ebenso ist auch nach Staub[2] für die Regel davon auszugehen, daß bei den Realverträgen die Erfüllung des Vertrages seitens einer Partei zum Geschäftsabschluß gehört.[3]

Von dieser Regel sind natürlich dann Ausnahmen zu machen, wenn nach der Verkehrssitte (§§ 157, 242 BGB.) oder nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Vertragsparteien die Provision bereits mit dem Abschluß des Darlehnsversprechens fällig sein sollte.[4] Dieser Wille der Parteien wird z. B. dann anzunehmen sein, wenn es dem Darlehnssucher nicht so sehr auf die sofortige Erlangung der Darlehnssumme als vielmehr darauf ankommt, die bindende Zusage eines sicheren Geldgebers zu erhalten.

1) Erl. III, 2 c, zu § 652 BGB.

2) Anm. 27 der Vorbemerkungen vor § 93 HGB.

3) Derselben Ansicht ferner Enneccerus I, 2, § 378 Anm. 6; Oertmann Erl. 2 a δ; RGRKomm. § 652 Erl. 2 b; Goldmann-Lilienthal, I § 180 Anm. 35; Crome § 272 Anm. 34; Warneyer Erl. IV; Doerr aaO. S. 634; Riesenfeld, Gruch. 37, 545. — Aus der Judikatur: RG. 39, 231; Recht 08, Nr. 2920; 1912 Nr. 571; 1919 Nr. 1080; Warn. 1919 Nr. 115; OLG. Frankfurt 1, 401; Hamburg 24, 387; KGBl. 1905, 19.

4) Vgl. RG. 39, 231. RG. Warn. 1919 Nr. 115; OLG. 1, 401; 24; 387.

Auch da, wo der gewünschte Kredit nicht auf einmal über die ganze Summe, sondern nur ratenweise auf Anfordern in Anspruch genommen werden soll, wie z. B. beim Baugelddarlehn, wird man eine Ausnahme von der Regel zu erblicken haben.[5] Hier ist auch besonders nach § 346 HGB. unter Kaufleuten auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.[6] So besteht z. B. für den Berliner Grundstücks- und Hypothekenverkehr der Handelsbrauch, daß der Mäklerlohn für die Vermittlung einer Hypothek schon dann als verdient gilt, wenn ein rechtsverbindlicher Vertrag über die Hingabe und Annahme des Kapitals geschlossen worden ist.[7]

Infolge dieser Abweichungen wird jedoch die oben aufgestellte Regel, daß die Mäklerprovision erst mit der Hingabe des Darlehns verdient ist, fast zur Ausnahme, und sie läßt sich in der Tat auch nur durch eine rein formal-juristische Begründung rechtfertigen, die von der Rechtsnatur des Darlehns als eines Realkontrakts ausgeht. Denn auch hier muß der Satz gelten, daß es für die Frage, ob der Mäklerlohn verdient ist, nicht so sehr auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten ankommt, sondern vielmehr darauf, daß der vermittelte Vertrag im Sinne des Mäklervertrages, auf dem ja die Lohnzusage beruht, als zustandegekommen anzusehen ist; der Schwerpunkt ist nicht auf die rechtliche Konstruktion zu legen, sondern in erster Linie auf den wirtschaftlichen Erfolg, der durch die Vermittlung des Mäklers herbeigeführt werden soll. Diesem Erfordernis ist aber in der Regel für die Darlehnsvermittlung schon dann genügt, wenn ein sicherer, d. h. ein zahlungsfähiger und auch zahlungswilliger Geldgeber die Gewährung des Darlehns versprochen hat. Daraus folgt, daß der Auftraggeber den Erfolg der Tätigkeit des Mäklers bereits mit diesem Zeitpunkt als eingetreten ansehen wird, also auch hierfür den Lohn versprechen wollte. Oft wird sogar der Auftraggeber als Laie gar nicht wissen, daß streng juristisch genommen der gewünschte Darlehnsvertrag erst mit der Hingabe des Darlehns zustande kommt, da es sich bei dem Darlehn als Realkontrakt nur um eine Ausnahmeerscheinung handelt. Wer für die Verschaffung eines Darlehns einen Lohn verspricht, will den Lohn schon dann entrichten, wenn sich jemand verpflichtet hat, die gewünschte Darlehnssumme zu zahlen, genau so wie derjenige, der ein Haus verkaufen will, die Provision für den Fall verspricht, daß sich jemand verpflichtet,

5) KGBl. 97, 106.
6) Vgl. Staudinger Erl. III, 2 c zu § 652, Staub Vorbem. 27 vor § 93 HGB.
7) Anerkannt in RG. JW. 1912, S. 240 Nr. 8.

das Haus zu kaufen, d. h. Geld dafür zu zahlen. Daß in dem einen Falle die Hingabe des Geldes erst den eigentlichen Vertrag zustande bringt, während sie im zweiten Falle bereits die Erfüllung des Vertrages darstellt, ist eine Unterscheidung, die nur rein juristisch, aber nicht wirtschaftlich gerechtfertigt ist. Dies ist aber bei der Auslegung eines Darlehnsmäklervertrages zu berücksichtigen, und dabei wird man dann oft zu dem Ergebnis gelangen, daß der Auftraggeber sich schon mit dem Zustandekommen des Darlehnsvorvertrages für verpflichtet gehalten hat, den versprochenen Lohn zu zahlen. Gegenüber dieser Auffassung bildete dann die Behauptung des Auftraggebers, daß der Lohn erst mit der Auszahlung des Geldes geschuldet sein sollte, die Ausnahme, und wäre deshalb von ihm zu beweisen.[8]

§ 6.

Das Zustandekommen des vermittelten Vertrages im Sinne von § 652 BGB. setzt voraus, daß beide Parteien ihre Willensübereinstimmung gültig erklärt haben; solange dies nicht geschehen ist, ist ein Vertrag wirksam nicht zustande gekommen, die Provision ist deshalb so lange grundsätzlich noch nicht verdient. Auch ein unklagbarer Vertrag wird meist nicht als zustandegekommen im Sinne des § 652 anzusehen sein, da der Auftraggeber aus ihm ebensowenig einen Anspruch herleiten kann wie aus einem nichtigen Vertrage, vgl. §§ 762, 764; ein Provisionsanspruch ist deshalb hier in der Regel nicht gegeben.[1]

Der gültige Abschluß des vermittelten Vertrages setzt voraus, daß die Parteien ihre Willensübereinstimmung formell und materiell rechtsgültig erklärt haben.[2] Deshalb ist zunächst da, wo das Gesetz die Wahrung einer bestimmten F o r m verlangt, die Innehaltung der betreffenden Formvorschriften beim Abschluß des Vertrages erforderlich. Der Mäkler hat aber keinen Anspruch darauf, daß der Auftraggeber die für den Vertrag vorgeschriebene Form wahrt und dadurch die Voraussetzung für die Entstehung des Lohnanspruches setzt; denn ebensowenig wie der Auftraggeber dem Mäkler gegenüber verpflichtet ist, den vermittelten Vertrag überhaupt abzuschließen, so ist er, wenn er abschließt, auch nicht verpflichtet, dies unter Beobachtung der vorgeschriebenen Form oder unter Ein-

8) Wie hier Planck § 652 Erl. 3 b β Reichel, aaO. S. 17 ff. und in Zentr.Bl. S. 301; Jacusiel, S. 127 ff. u. in LZ. 1914, S. 745. Düringer-Hachenburg § 99, Anm. 5.
1) RG. 25, 320; 29, 232. A. M. OLG. Braunschweig SeuffA. 49, Nr. 247.
2) Vgl. Mot. II, S. 513.

holung einer etwa erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu tun.[3]

Eine Ausnahme ist jedoch auch wieder dann zu machen, wenn der Auftraggeber in der Absicht, den Mäkler um seinen Lohn zu bringen und sich trotzdem die Vorteile des Geschäftes zu sichern, bei einem formbedürftigen Rechtsgeschäft die Beobachtung der erforderlichen Form durch Vereinbarung mit seinem Vertragsgegner ausschließt, oder, falls der Lohn für das Zustandekommen eines Vertrages bis zu einem bestimmten Zeitpunkt versprochen worden ist, den formgültigen Abschluß arglistig erst nach diesem Termin vollzieht. Hier erscheint es unbedenklich, den § 162 BGB. anzuwenden und dem Mäkler auf diese Weise einen Anspruch auf den unzweifelhaft verdienten Lohn zu geben. Wenn oben Seite 10 ff. die Anwendbarkeit des § 162 verneint wurde mit Rücksicht darauf, daß es sich bei dem Abschluß durch den Auftraggeber um eine reine Potestativbedingung handele, so daß die Verweigerung des Abschlusses auch nicht gegen Treu und Glauben verstoßen könne, so läßt sich ohne Widerspruch zu dieser Auffassung in dem vorliegenden Fall ein Verstoß gegen Treu und Glauben finden; denn wenn der Auftraggeber in der Absicht, die Früchte aus der Tätigkeit des Mäklers zu ziehen, aber die Entstehung des Provisionsanspruches zu verhindern, den formgültigen Abschluß unterläßt bezw. nicht rechtzeitig vornimmt, so vereitelt er dadurch gegen Treu und Glauben den Eintritt der Bedingung für die Entstehung des Lohnanspruches. Demnach wäre hier der Mäklerlohn gemäß den §§ 652, 162 BGB. verdient.[4]

Die Herleitung des Provisionsanspruches auf dem Umweg über § 162 ist sogar überflüssig, wenn der Auftraggeber von vornherein, d. h. schon bei Erteilung des Vermittlungsauftrages, die Absicht gehabt hat, den gewünschten formbedürftigen Vertrag ohne Innehaltung dieser Form abzuschließen; denn dann hat er in bewußter Abweichung von der Regel des § 652 die Tätigkeit des Mäklers beschränkt in der Weise, daß nur ein formell ungültiger Vertrag zustandezukommen brauchte; mit dem formlosen Abschluß dieses Vertrages hätte also der Mäkler ohne weiteres einen vertraglichen Anspruch auf die Provision erworben.[5]

Die Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Form hat die Unwirksamkeit des Vertrages zur Folge. Dies gilt für die gesetzliche

3) Planck, Vorbem. V, 4 b α vor § 652; Reichel S. 28; LZ. 27, 449; OLG. Kiel, 4, 240; abw. OLG. Colmar, 4, 241.
4) Ebenso Reichel, S. 25 und Planck Erl. 3 b A $\alpha\alpha$ zu § 652.
5) Vgl. darüber noch unten, § 7, S. 28 ff.

(§ 125), wie auch für eine durch Parteivereinbarung bestimmte Form (§ 125 Satz 2, § 154 BGB.). Der Mäklerlohn ist also in diesem Falle nicht verdient.[6] Den Hauptanwendungsfall bietet hierfür die Vermittlung von Grundstücksverkäufen durch die Grundstücksmäkler; hier bedarf nach § 313 BGB. der ganze schuldrechtliche Veräußerungsvertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Anders beim Hypothekenverkehr, also den Verträgen über Veräußerung oder Bestellung von Hypotheken. Hier ist nicht der schuldrechtliche, sondern nur der dingliche Vertrag an eine Form geknüpft. Trotzdem soll aber nach einer Entscheidung des Bayrischen Obersten Landesgerichts[7] nach dem Willen der Parteien im Zweifel der Mäklerlohn für die Vermittlung des Verkaufes einer Hypothek erst dann verdient sein, wenn auch das dingliche Erfüllungsgeschäft der Abtretung der Hypothek in der gesetzlichen Form durch die Vermittlung des Mäklers zustande gekommen ist. Einen anderen Anwendungsfall bildet § 566 BGB., wonach der Mietvertrag über ein Grundstück, der für länger als ein Jahr geschlossen werden soll, der Schriftlichkeit bedarf; ein entgegen dieser Vorschrift nur mündlich geschlossener Vertrag ist in Abweichung von der Regel des § 125 BGB. nicht nichtig, kann aber nach Ablauf eines Jahres von jeder Partei gekündigt werden, § 566 Satz 2 BGB. Wird nun durch die Vermittlung eines Mäklers ein derartiger mündlicher Vertrag geschlossen, so kann der Mäkler den Lohn nur so fordern, wie wenn nur ein einjähriger Mietsvertrag zustandegekommen wäre;[8] denn nur insoweit ist der vermittelte Vertrag im Sinne des § 652 zustande gekommen.

Der Mäklerlohn ist ferner nicht verdient, wenn der vermittelte Vertrag zur Wirksamkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurfte, diese aber, gleich aus welchen Gründen, nicht erteilt worden ist.[9] Anders verhält es sich dagegen bei einem Vertrage, der mit einer im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau geschlossen wird; denn da die Verpflichtungsfähigkeit der Frau durch die Heirat nicht berührt wird, kommt hier ein Vertrag wirksam zustande, die Provision ist also verdient. Daß die Zwangsvollstreckung nicht ohne weiteres in das gesamte Vermögen der Frau zulässig ist, berührt den Provisionsanspruch des Mäklers nicht, da die Zwangsvollstreckung eine Frage der Erfüllung und als solche für

6) RG. 29, 230 und in JW. 02, Beil 228.
7) Recht 08, Nr. 2806.
8) Jacusiel, S. 92.
9) OLG. Kiel 4. 240. Entsprechendes gilt bei gesetzlich erforderter Genehmigung des Landrats, vgl. RG. VI 9. 2. 26, JW. 26, 2620.

die Entstehung des Lohnanspruches in der Regel ohne Bedeutung ist.[10]

Die Erfüllung des vermittelten Vertrages kann aber hier insofern von Bedeutung für den Lohnanspruch des Mäklers werden, als sie, wie z. B. nach § 313 Abs. 2 BGB., den schuldrechtlichen Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig macht; denn damit würde auch der Provisionsanspruch des Mäklers zur Entstehung gelangen.[11] Dasselbe gilt auch dann, wenn ein zunächst unwirksamer Vertrag durch das Hinzutreten eines anderen Ereignisses gültig wird, wie z. B. durch Bewirken der ganzen geschuldeten Leistung durch einen beschränkt Geschäftsfähigen (§ 110), durch „Bestätigung" nach § 141 oder durch Genehmigung des Berechtigten in den Fällen der § 177 und 185 BGB.

Daß in den genannten Fällen die Erfüllung des vermittelten Vertrages den Lohnanspruch des Mäklers zur Entstehung gelangen läßt, ist jedoch, wie noch einmal hervorgehoben sei, nur darauf zurückzuführen, daß hier die Erfüllung zugleich den obligatorischen Veräußerungsvertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig macht und dadurch die Voraussetzung für die Entstehung des Lohnanspruches schafft. Es ist dies also kein Widerspruch zu dem Grundsatz, daß die Frage der Erfüllung in der Regel für den Lohnanspruch des Mäklers ohne Bedeutung ist. Es ist deshalb abzulehnen, wenn Reichel[12] dem Mäkler die Provision zuerkennt, wenn ein nichtiger Vertrag von den Parteien in allen Punkten erfüllt wird und eine Rückforderung des Geleisteten nach den §§ 814, 817 BGB. nicht mehr möglich ist. Reichel begründet seine Auffassung damit, daß hier trotz der Unverbindlichkeit des Vertrages dessen weiterliegender Endzweck erreicht sei und der Auftraggeber deshalb letzten Endes so dastehe, als sei der Vertrag von Anfang an gültig gewesen. Diese Folgerung, die Reichel hier zieht, ergibt sich notwendig aus der teleologischen Betrachtungsweise, die er für die Frage, ob der Mäklerlohn im Einzelfall verdient ist, stets zu Gunsten des Mäklers anwendet, unter weitgehender Ausschaltung des doch nun einmal maßgebenden Grundsatzes, daß die Hauptbedingung für das Entstehen des Lohnanspruches das Zustandekommen des vermittelten Vertrages ist. Hat der Mäkler den Lohn verdient, wenn das vermittelte Geschäft wirksam abgeschlossen wurde, die Parteien es aber

10) Planck § 652, Erl. 3 b A αα Staub, Vorbem. 21 vor § 93 HGB., Jacusiel II, S. 56. Abweichend Reichel, S. 37.
11) RG. 29, 233 und besonders die Breslauer Diss. von Mehrens und Wieprecht.
12) Seite 29.

aus irgend einem Grunde für nicht gültig halten und deshalb auch nicht auf seiner Ausführung bestehen,[13] so kann umgekehrt die Provision dann nicht verdient sein, wenn der Vertrag nicht zustande gekommen ist, die Parteien ihn aber gleichwohl erfüllen, weil sie sich moralisch an ihn gebunden halten.[14]

Die materielle Gültigkeit des vermittelten Vertrages setzt zunächst voraus, daß beide Parteien ihre gegenseitige Willensübereinstimmung erklärt haben. Als Parteien sind dabei nur der Auftraggeber und ein Dritter anzusehen, nicht aber der Mäkler. Tritt also der Mäkler selbst als Vertragspartei gegenüber dem Auftraggeber auf, so hat er im Zweifel neben dem Anspruch auf Erfüllung des Hauptvertrages keinen Anspruch auf die Mäklerprovision.[15]

Beide Parteien müssen erklärt haben, daß der Abschluß gerade mit dieser Gegenpartei erfolgen solle. Ein Kaufvertrag mit einem vom Mäkler zugeführten Käufer ist also dann noch nicht wirksam zustandegekommen, wenn der Käufer dem Mäkler gegenüber seine Zustimmung zu dem Geschäft erteilt hat; vielmehr muß der Verkäufer durch seinen Mäkler die Person des Käufers erfahren und gebilligt haben,[16] es sei denn, daß der Mäkler ausdrücklich zum Abschluß für den Auftraggeber ermächtigt war, was für den Handelsmäkler ohne weiteres daraus folgt, daß er „nach Abschluß des Geschäfts" den Parteien die Schlußnoten zuzustellen hat, § 94 HGB.[17] Die Annahme der Schlußnoten begründet jedoch noch keine gesetzliche Vermutung für die Genehmigung des Geschäftsabschlusses.[18]

Die materielle Gültigkeit kann dem vermittelten Vertrag völlig fehlen oder doch bis zu einem gewissen Zeitpunkt durch die Hinzufügung einer Suspensivbedingung[19] hinausgeschoben sein. Ungültig sind zunächst Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, §§ 134, 138 BGB. Derartige Verträge gewähren den Parteien überhaupt keine Rechte und Pflichten, der Mäkler kann deshalb aus ihrer Vermittlung auch keinen Lohnanspruch für sich herleiten. Als Beispiele seien genannt die Vermittlung eines wucherischen Darlehns, eines Bordellkaufes[20], oder die

---

13) Planck § 652, Erl. 3 b γ; RG. Bolze 13, 371; RG. LZ. 14, 678[7].

14) Ebenso Planck Erl. 3 b A αα zu § 652; Jacusiel S. 93; a. A. Reichel aaO. S. 29 und ZivA. 104, S. 33. R. Mayer S. 51.

15) Bolze 13 Nr. 370; RG. SächsA. 1910, 279. Anders Reichel S. 105, der es darauf abstellt, ob der Vertragsschluß mit dem Mäkler dem ursprünglich angestrebten gleichwertig ist.

16) ROHG. 7, 015; Staub, Vorbem. 19 β vor § 93 HGB.

17) So RG. 104, 366; Jacusiel S. 91.

18) ROHG. 13, 295; Staub § 94 Anm. 1 a.

19) Vgl. darüber unten § 8, S. 32.

20) OLG. Dresden 4, 238.

Beschaffung von Titeln, Orden, Doktor- und Adelsdiplomen.[21] Vielfach wird in solchen Fällen der versprochene Lohn schon deshalb nicht gefordert werden können, weil bereits das Lohnversprechen selbst, als für den Nachweis oder die Vermittlung eines verbotenen oder sittenwidrigen Geschäftes erteilt, nichtig ist;[22] in diesem Falle ist also nicht einmal ein bedingter Lohnanspruch des Mäklers entstanden.

Einer Sonderbehandlung bedarf hier die Vermittlung eines wucherischen Geschäfts. Dieses ist nach § 138 Abs. 2 BGB. für nichtig erklärt worden, da es als unsittlich anzusehen ist. Der Vorwurf des unsittlichen Verhaltens trifft hier jedoch nur den Wucherer, der den Leichtsinn, die Notlage oder die Unerfahrenheit eines anderen ausnutzt, nicht aber den Bewucherten, da andernfalls das Gesetz keinen Grund hätte, zu seinem Schutze das wucherische Geschäft für nichtig zu erklären. Dieser Umstand muß ohne Zweifel bei der Entscheidung der Frage, inwieweit der wucherische Charakter des vermittelten Vertrages den Provisionsanspruch des Mäklers beeinflußt, berücksichtigt werden. Ist der Auftraggeber der Bewucherte, so ist ein Lohnanspruch nicht gegeben, da sich der Bewucherte mit Erfolg auf die zu seinem Schutze statuierte Nichtigkeit des wucherischen Geschäftes berufen kann. Dem Wucherer als Auftraggeber steht dagegen der Einwand der Nichtigkeit des vermittelten Vertrages nicht zu. Es wäre ein ganz unbilliges Ergebnis, wenn der Wucherer, der das für ihn so günstige Geschäft abgeschlossen hat und — wie die Praxis lehrt — meist auch durchführen kann, dem Mäkler den versprochenen Lohn verweigern könnte unter Berufung auf die Nichtigkeit des vermittelten Vertrages, die durch sein eigenes unsittliches Verhalten herbeigeführt worden ist. Hierbei ist jedoch vorauszusetzen, daß der Mäkler die unlauteren Absichten des Auftraggebers nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen; andernfalls hätte er als Gehilfe anstößigen Tuns keinen rechtlich geschützten Anspruch auf eine dafür versprochene Belohnung. Planck[23] lehnt die Provisionspflicht des wucherischen Geschäftes schlechthin ab, mit der Begründung, daß „das unsittliche Verhalten des Wucherers und eine ihm zugrunde liegende verwerfliche Gesinnung sich nicht gegen den Mäkler richte, der Mäkler also auch dem Auftraggeber nicht Arglist vorwerfen könne". Planck übersieht jedoch dabei m. E., daß das arglistige Verhalten des Auftraggebers gegenüber dem Mäkler

21) Dernburg, II, § 337 Anm. 9.

22) Vgl. Planck, Vorbem. V, 1 b vor § 652 und die dort zit. Literatur. OLG. Dresden aaO.

23) § 652 Erl. 3 b α ββ.

darin besteht, daß er dem Mäkler, der sich im Vertrauen auf die Gültigkeit des in Aussicht genommenen Vertrages um dessen Vermittlung bemüht hat, die Unwirksamkeit des Vertrages entgegenhält, obgleich sie durch sein eigenes unsittliches Verhalten verschuldet war und er bereits bei Auftragserteilung regelmäßig um die Nichtigkeit gewußt haben wird; gegen diese arglistige Verteidigung muß dem Mäkler eine replica doli generalis zustehen.[24]

Nichtig sind ferner Verträge, die auf eine unmögliche Leistung gerichtet sind, § 306 BGB. Der Mäkler, der einen solchen Vertrag vermittelt hat, erwirbt also grundsätzlich keinen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß der Auftraggeber unter Umständen gemäß § 307 BGB. einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse erhält; denn dieser Schadensersatzanspruch soll ihn ja nur so stellen, wie wenn der Vertrag nie geschlossen wäre.[25]

§ 7.

Der stets hervorgehobene Grundsatz, daß für die Frage, ob der Mäkler mit dem Zustandekommen des vermittelten Vertrages die versprochene Provision verdient hat, nicht so sehr das Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und seinem Gegenkontrahenten maßgebend ist, sondern in erster Linie das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Mäkler, erhält eine besondere Bedeutung in den Fällen, wo der vermittelte Vertrag infolge formeller oder materieller Unwirksamkeit überhaupt nicht im Sinne des Gesetzes zustande gekommen ist. Nach dem Wortlaut des § 652 BGB. wäre hier die Provision nicht verdient, da nach ihm die Voraussetzung für die Entstehung des Lohnanspruches das Zustandekommen eines gültigen Vertrages ist. Gegenüber der Regel, daß bei formeller oder materieller Nichtigkeit des vermittelten Vertrages ein Provisionsanspruch für den Mäkler nicht entstanden ist, kann aber im Einzelfall eine abweichende Entscheidung sehr wohl begründet sein.

Dies erkennt auch Reichel an, und er stellt deshalb einige Regeln auf, nach denen er in derartigen Fällen die Frage, ob der Lohn verdient ist, beurteilen will.[1] Dabei berücksichtigt Reichel jedoch m. E. zu wenig das allein maßgebende Kriterium, nämlich den Inhalt des betreffenden Einzelmäklervertrages; denn allein aus diesem läßt sich im Wege der Auslegung feststellen, welche Absich-

24) Wie oben Reichel S. 34 ff. und ihm zustimmend Staudinger § 652, Erl. III. 2 d; ferner Jacusiel S. 94.
25) Staudinger, § 652 Erl. III, 2 d; Reichel S. 28.
1) Seite 29.

ten der Auftraggeber bei Erteilung des Mäklerauftrages verfolgt hat, und je nachdem diese Absichten dann durch die Tätigkeit des Mäklers erreicht worden sind oder nicht, ist der versprochene Mäklerlohn zuzuerkennen bezw. zu versagen. Dies gilt sowohl für die Fälle, in denen der zustandegekommene Vertrag von dem ursprünglich in Aussicht genommenen abweicht, wie auch dann, wenn zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten ein rechtswirksamer Vertrag überhaupt nicht zustandegekommen ist; denn auch durch den Abschluß eines vom Recht nicht anerkannten Vertrages kann den Absichten des Auftraggebers gedient sein. In der Regel werden zwar Verträge deshalb geschlossen, damit durch die Rechte und Pflichten, die sie erzeugen, eine Aenderung in den wirtschaftlichen Lebensverhältnissen der Beteiligten eintritt; diese Wirkung haben nur rechtsgültige Verträge. Andererseits ist es aber auch denkbar, daß ein bewußt unverbindlicher Vertrag geschlossen wird, sei es, daß die Parteien sich moralisch an ihn gebunden halten und den Vertrag so ansehen wollen, wie wenn er voll wirksam wäre, sei es, daß lediglich durch die Tatsache, daß ein Vertragsschluß vorzuliegen scheint, bestimmte Zwecke verfolgt werden sollen, wie z. B. beim Scheingeschäft. Ist ein derartiger Vertrag beabsichtigt worden, so hat diejenige Partei, die sich zu seiner Vermittlung eines Mäklers bedient hat, den versprochenen Mäklerlohn zu zahlen; denn bei ihrem Auftrag ist sie bewußt von dem Erfordernis des § 652 BGB. abgewichen, wonach nur ein gültiger Vertragsschluß die Grundlage für den Provisionsanspruch des Mäklers bilden kann, und hat den Lohn für den Fall versprochen, daß ein unwirksamer Vertrag geschlossen wird; die Rechtslage ist mithin die gleiche, wie wenn die Entstehung des Lohnanspruches von einer anderen Tatsache als dem (gültigen) Zustandekommen des vermittelten Vertrages abhängig gemacht worden wäre, wie z. B. von der Ausführung des Geschäftes, und dieses Ereignis dann auch eintritt. In allen diesen Fällen ist der Lohn stets verdient, da durch die Vermittlung des Mäklers das erreicht worden ist, was nach dem Willen des Auftraggebers erreicht werden sollte; der Mäkler hat die Leistung erbracht, für die ihm vertragsmäßig ein Lohn zugesagt war, und damit hat er einen vertraglichen Anspruch auf den vereinbarten Lohn erworben.

Hierbei ist jedoch zu beachten, daß das Lohnversprechen selbst gültig sein muß, da andernfalls ein vertraglicher Anspruch auf die Provision nicht gegeben ist. Es handelt sich hier um die Fälle der Nichtigkeit, also auch um diejenigen Fälle, in denen der vom Auftraggeber gewünschte Vertrag wegen Verstoßes gegen das Gesetz

oder die guten Sitten nichtig ist. Ein Mäklervertrag, der den Nachweis oder die Vermittlung eines derartigen nichtigen Vertrages zum Gegenstand hat, wird aber in den meisten Fällen selbst nichtig sein, da er auf die Herbeiführung eines gesetz- oder sittenwidrigen Erfolges gerichtet ist. Hierbei ist es gleichgültig, ob der Mäkler gewußt hat, daß der Vertrag, den er vermitteln sollte, aus einem der angegebenen Gründe nichtig sein würde;[2] denn die Frage der Nichtigkeit bestimmt sich nach dem Wesen, Inhalt und Zweck des betreffenden Vertrages, also lediglich nach objektiven Merkmalen, ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Parteien. Erstreckt sich also im Einzelfall die Gesetz- oder Sittenwidrigkeit des zu vermittelnden Vertrages auch auf den Mäklervertrag, so entfällt damit jede Grundlage für einen vertraglichen Anspruch auf die Mäklerprovision. Es bleibt demnach nur die Möglichkeit, dem Mäkler einen Anspruch unter dem Gesichtspunkt einer unerlaubten Handlung zuzuerkennen, was dann möglich wäre, wenn der Mäkler von dem Auftraggeber arglistig über dessen verwerfliche Absichten getäuscht worden ist; hier hätte der Mäkler einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die er im Vertrauen auf die Gültigkeit des Lohnversprechens und auf den in Aussicht stehenden Lohn gemacht hat.[3]

Abgesehen von den eben erwähnten Fällen der Nichtigkeit ist es aber für den Provisionsanspruch des Mäklers gleichgültig, aus welchen Gründen der Auftraggeber gerade einen unwirksamen Vertrag vermittelt haben wollte. So ist es z. B. denkbar, daß der Eigentümer eines Grundstückes in der Erwartung, der Vertrag werde von seinem Gegner auf jeden Fall erfüllt werden, einen nur schriftlichen oder mündlichen Kaufvertrag über sein Grundstück abschließen will, um die Kosten der nach § 313 BGB. erforderlichen Beurkundung zu sparen. Hier hätte der Mäkler den Lohn verdient, wenn er auftragsgemäß einen solchen Vertrag vermittelt hat. Oder man denke an das Scheingeschäft: Der Eigentümer eines Grundstücks, auf dem ein Vorkaufsrecht lastet, schließt mit einem Dritten zum Schein einen Kaufvertrag über das Grundstück ab, um dadurch den Vorkaufsberechtigten zur Ausübung seines Vorkaufsrechtes zu bewegen. Dieser Vertrag ist nichtig (§ 117 BGB.), aber dies sollte er nach dem Willen des Auftraggebers auch von Anfang an sein, da dieser sich dem Dritten gar nicht zur Uebereignung des Grundstückes verpflichten wollte. Daß hier gleichfalls der Mäkler, der den Scheinvertrag durch seine Vermittlung zustande gebracht

2) A. M. anscheinend Reichel aaO. und OLG. Dresden 4, 239.
3) Vgl. oben S. 16.

hat, die versprochene Vergütung fordern kann, ist klar. Oder der Auftraggeber weiß, daß das Darlehn, das er zu vergeben hat, wegen der Zinsen, die er dafür zu nehmen beabsichtigt, wucherisch und demnach nichtig ist; führt ihm trotzdem der gutgläubige[4] Mäkler einen Kunden zu, der das Darlehn gegen die verlangten hohen Zinsen nimmt, so hat er auch hier mit der Zuführung des Kunden die Leistung erbracht, für die ihm der Lohn versprochen war; der Auftraggeber kann sich hier also nicht auf die Nichtigkeit des vermittelten Darlehnsvertrages berufen und aus diesem Grunde die Provisionszahlung verweigern.

Die Entscheidung ändert sich jedoch in allen Fällen, wenn der Auftraggeber bei Erteilung des Vermittlungsauftrages selbst nicht gewußt hat, daß der von ihm gewünschte Vertrag aus irgend einem Grunde nichtig sein würde; denn hier ging seine Absicht nicht dahin, daß ein ungültiger Vertrag vermittelt werden sollte, und deshalb kann er dem Mäkler die Nichtigkeit des vermittelten Vertrages mit Erfolg entgegenhalten. Am einleuchtendsten ist dies, wenn man an den Fall denkt, daß der Auftraggeber einen nur schriftlichen Grundstücksveräußerungsvertrag schließt in der Meinung, daß damit eine etwa erforderliche Form gewahrt sei. Hier wird es niemand einfallen, ihn trotzdem zur Zahlung des versprochenen Mäklerlohnes zu verpflichten. Dasselbe muß aber auch gelten, wenn der Vertrag aus materiellen Gründen nichtig ist, da allein die Tatsache der Nichtigkeit maßgebend ist, ohne Rücksicht darauf, aus welchem Grunde das Gesetz den betreffenden Vertrag für unwirksam erklärt. Hat also z. B. ein Kapitalist einen Mäkler in gutem Glauben mit der Vermittlung eines Darlehns beauftragt und wird dann in einem sich ergebenden Rechtsstreit der Vertrag vom Gericht wegen Wuchers für nichtig erklärt, so kann sich der Auftraggeber, ohne dabei gegen Treu und Glauben zu verstoßen, dem Mäkler gegenüber auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen und die Zahlung der Provision ablehnen; denn hier hat der Auftraggeber wegen mangelnder Kenntnis die Nichtigkeit nicht „verschuldet". Die Weigerung, den Lohn zu zahlen, bestünde selbst dann zu Recht, wenn der Darlehnsvertrag trotz der Nichtigkeit erfüllt wird; denn wie bereits oben[5] auseinandergesetzt wurde, entsteht der Lohnanspruch des Mäklers nicht dadurch, daß die Parteien freiwillig einen ungültigen Vertrag erfüllen.

---

4) Vgl. oben S. 27.
5) Seite 25.

Man gelangt also auf diese Weise zu dem einfachen Ergebnis, daß trotz der Nichtigkeit des vermittelten Vertrages die Mäklerprovision stets dann zu zahlen ist, wenn nach dem Inhalt des Mäklervertrages ein derartig nichtiger Vertrag vermittelt werden sollte, es sei denn, daß der beabsichtigte Vertrag gegen die §§ 134 oder 138 BGB. verstößt und dadurch unter Umständen auch gleichzeitig das Lohnversprechen unwirksam macht.

§ 8.

Ist die materielle Wirksamkeit des vermittelten Vertrages dadurch hinausgeschoben, daß sie an den Eintritt eines ungewissen, zukünftigen Ereignisses geknüpft ist, so ist, wie das Gesetz auch ausdrücklich in § 652 Satz 2 BGB. bestimmt, die Entstehung des Provisionsanspruches gleichfalls bis zu diesem Zeitpunkt hinausgeschoben; der Mäkler kann also den vereinbarten Lohn erst dann verlangen, wenn der vermittelte Vertrag durch den Eintritt der Bedingung seine volle Wirksamkeit erlangt hat. Fällt die Bedingung aus, so ist damit der Lohnanspruch des Mäklers erledigt,[1] es sei denn, daß die Partei, zu deren Nachteil der Eintritt der Bedingung gereicht hätte, ihn wider Treu und Glauben verhindert hat; denn in diesem Falle gilt die Bedingung nach § 162 Abs. 1 BGB. als eingetreten, und auf diese Fiktion kann sich auch der Mäkler zur Begründung seines Lohnanspruches berufen.[2]

§ 9.

Mit dem Abschluß des vermittelten Vertrages ist die Voraussetzung erfüllt, unter der nach dem Regelfall des § 652 BGB. die Provision verdient ist. Der Mäkler hat also damit einen endgültigen Anspruch auf die vereinbarte Provision erworben, und dieser Anspruch wird dadurch nicht mehr berührt, daß die Erfüllung des Vertrages aus irgend einem Grunde unterbleibt; denn das Risiko der Ausführung des Vertrages trifft im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Mäkler allein ersteren.

Dies folgt ohne weiteres aus dem Gesetz, das in § 652 lediglich von dem Zustandekommen des Vertrages als Bedingung für den Lohnanspruch spricht. Es ist deshalb überflüssig, diesen Satz, wie Reichel[1] es tut, aus einem allgemeinen Gewohnheitsrecht herzuleiten, das sich durch einheitliche Verkehrssitte, Verkehrsüberzeu-

---

1) RG. Warn. 1919, Nr. 205; OLG. 36, 86; Planck § 652 Erl. 3 b α δδ; Reichel 38 ff.
2) Planck aaO.; Reichel S. 40 ff.; RG. Recht 24, Nr. 1224; RG. Warn. 1919 Nr. 205; OLG. 4, 241; 20, 215.
1) Seite 66.

gung, Rechtsprechung und Rechtslehre gebildet haben soll.[2] Man hat versucht, diesen Grundsatz zu bekämpfen und nach Analogie des § 88 HGB. den Lohnanspruch des Mäklers ebenso wie den des Handlungsagenten von der Ausführung des vermittelten Vertrages abhängig zu machen.[3] Diese Ansicht hat de lege ferenda eine gewisse Berechtigung, da die Tatsache, daß der Mäkler auch an dem Risiko der Erfüllung beteiligt wird, eine große erzieherische Bedeutung hätte; denn dann müßte der Mäkler von vornherein sein Augenmerk auch auf die Erfüllbarkeit des ihm zur Vermittlung übertragenen Geschäftes richten und würde so davon abgehalten, leichtsinnigen Kreditgewährungen und anderen die Sicherheit des geschäftlichen Verkehrs gefährdenden Geschäften Vorschub zu leisten. De lege lata ist aber immer noch an dem Grundsatz festzuhalten, daß die Erfüllung des Vertrages auf den Provisionsanspruch des Mäklers ohne Einfluß ist, und wenn M a y e r sich zum Beweise seiner Ansicht auf den Brauch mancher Handelskammerbezirke beruft, wonach die Provision erst zu zahlen ist, wenn das Geschäft „zu gutem Ende geführt" wird, so handelt es sich in diesen Fällen um bewußte Abweichungen von der gesetzlichen Regelung. Auch die Berufung auf § 88 HGB. ist verfehlt, da, wie bereits oben[4] erwähnt, das Rechtsverhältnis, in dem der ständig mit der Vermittlung von Verträgen beauftragte Handelsagent zu seinem Geschäftsherrn steht, rechtlich von dem Verhältnis zwischen Mäkler und Auftraggeber derart verschieden ist, daß eine analoge Anwendung der genannten Vorschrift auf das Mäklerverhältnis nicht möglich ist.[5] Ebensowenig läßt sich aus dem Umstand, daß der Mäkler in der Regel eine höhere Provision erhält als der Handlungsagent, durch argumentum a minore ad maius folgern, daß der Mäkler in noch höherem Maße als der Handlungsagent befähigt ist, das Risiko der Erfüllung zu tragen; denn die höhere Provision des Mäklers erklärt sich schon daraus, daß er im Gegensatz zu dem ständig angestellten Agenten nur gelegentlich mit Vermittlungsaufträgen betraut wird und deshalb auch nicht auf eine ständige Verdienstmöglichkeit rechnen kann. Außerdem ist zu bedenken, daß durch die verhältnismäßig hohe Provision des Mäklers diejenigen Fälle zum Ausgleich gebracht werden müssen, in denen es dem Mäkler trotz aller Bemühungen und Aufwendungen an Zeit und Unkosten nicht gelingt, einen provisionspflichtigen Vertrag zustande zu bringen.[6]

2) So auch Jacusiel II, S. 125.
3) Mayer S. 53 ff.
4) Seite 19.
5) RG. 95, 134 und die herrschende Meinung, vgl. oben S. 19.
6) Ebenso Reichel S. 66.

Es ist demnach mit der herrschenden Lehre[7] für den Provisionsanspruch des Mäklers für gleichgültig zu halten, ob der vermittelte Vertrag auch tatsächlich erfüllt wird, ohne Unterschied, ob die Erfüllung aus rechtlichen oder faktischen Gründen unterbleibt. Der einmal entstandene Lohnanspruch des Mäklers wird also nicht mehr dadurch berührt, daß die Parteien auf die Erfüllung des Vertrages überhaupt verzichten und den Vertrag durch beiderseitige Vereinbarung wieder aufheben,[8] mit der Einschränkung, daß der Mäkler die Aufhebung des Vertrages nicht durch eine Verletzung der ihm obliegenden Pflichten verschuldet haben darf.[9] Gleichgültig ist es auch, wenn sich unter Umständen der Durchführung des Vertrages Schwierigkeiten in den Weg stellen, so z. B. wenn die Genehmigung zur Ausfuhr nicht erteilt wird, oder wenn nachträglich ein Ausfuhrverbot erlassen wird.[10] Insbesondere wird der Anspruch des Mäklers auf die Provision späterhin dadurch nicht mehr berührt, daß der Kontrahent des Auftraggebers sich als zahlungsunfähig erweist, es sei denn, daß dem Mäkler die mangelnde Kreditwürdigkeit des Dritten bekannt war und er sie seinem Auftraggeber arglistig verschwiegen hat; denn darin läge eine schuldhafte Verletzung seiner Vertragspflichten, die ihn dem Auftraggeber gegenüber schadensersatzpflichtig macht.[11] Gleichgültig ist es ferner, wenn die Parteien den gültig geschlossenen Vertrag irrtümlich für nicht zustandegekommen ansehen oder seine Wirksamkeit für zweifelhaft halten und deshalb von seiner Ausführung absehen oder sich anderweitig vergleichen[12]; oder wenn der Auftraggeber, statt auf Erfüllung zu bestehen, Schadensersatz oder eine vereinbarte Vertragsstrafe von der Gegenpartei fordert.[13]

§ 10.

Da, wie eben gezeigt, die Erfüllung des vermittelten Vertrages den einmal entstandenen Lohnanspruch des Mäklers nicht mehr berührt, so läßt auch die Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts durch eine der Parteien den Lohnanspruch bei Bestand, da

---

7) Planck § 652 Erl. 3 b γ; Staub, Vorbem. 23 und 24 vor § 93 HGB.; Oertmann Erl. II, 2 a; Lehmann-Hoeninger, § 40 Erl. 10 Anm. 4; Dernburg II, 2 § 339 II, 4; Reichel S. 65 ff.; Jacusiel S. 125 ff. — Aus der Rechtsprechung: RG. V 23. 10. 20, 219/20; RG. Recht 21 Nr. 2168, LZ. 21, 61.

8) Planck § 652 Erl. 3 b αηη; Staub, Vorbem. 26 vor § 93 HGB. Mot. II, S. 514; RG. JW. 1902, Beil. 228; Recht 1909 Nr. 3054; Warn. 1918 Nr. 31; ausführlich Reichel S. 85 ff.

9) Bolze 17, Nr. 380.

10) HansGZ. 1918, 105.

11) Vgl. Planck Vorbem. V, 4 a βαα.

12) RG. LZ. 1914, 678^{7}.

13) RG. JW. 06, 134; Planck Erl. 3 b α ςς zu § 652; R. Mayer S. 50.

es nur eine Folge der Nichterfüllung ist.[1] Dies gilt zunächst für die §§ 325 und 326 BGB., muß aber auch auf das vertragsmäßige Rücktrittsrecht beim Fixgeschäft (§§ 361 BGB., 376 HGB.) entsprechende Anwendung finden; denn dieses steht einem gesetzlichen Rücktrittsrecht insofern gleich, als bei den Fixgeschäften im Zweifel ohne weiteres anzunehmen ist, daß bei nicht rechtzeitiger Erfüllung durch den einen Teil der andere Teil berechtigt sein soll, von dem Vertrag zurückzutreten. Seine Ausübung ist deshalb für den Bestand des Lohnanspruches ebensowenig von Bedeutung, wie die Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts. Auch die Wandlung beim Kauf stellt sich als gesetzliches Rücktrittsrecht dar, das auf der Nichterfüllung oder mangelhaften Erfüllung seitens des Verkäufers beruht, §§ 459, 462 BGB.

Eine Ausnahme ist hier jedoch zu machen, wenn die Mangelhaftigkeit der Kaufsache bereits zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden gewesen und der Käufer demgemäß zur Anfechtung des Kaufvertrages nach § 119 Abs. 2 BGB. berechtigt wäre, die Anfechtung aber nicht möglich ist, weil nach der herrschenden Meinung die Sondervorschriften über die Wandlung die Anfechtung wegen Irrtums ausschließen;[2] denn hier hat der geltendgemachte Mangel bereits den Vertragsschluß erfaßt, so daß der Mäkler, da er einen solchen Mangel zu vertreten hat, nach erfolgter Wandlung so zu stellen ist, wie wenn der Vertrag gemäß § 119 Abs. 2 angefochten wäre, d. h. seines Provisionsanspruches verlustig geht.[3] Ferner sei hierbei noch darauf hingewiesen, daß der wandlungsberechtigte Käufer, der unter Zuziehung eines Mäklers gekauft hat, von dem Verkäufer nach erfolgter Wandlung auch Ersatz der Mäklerprovision fordern kann, da diese mit zu den Vertragskosten gehört, die nach § 467 BGB. von dem Verkäufer zu ersetzen sind.[4]

§ 11.

Der eben behandelten Auflösung des vermittelten Vertrages durch die Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts steht in diesem Zusammenhange seine Aufhebung durch eine erfolgreiche **Anfechtung** gegenüber; denn das gesetzliche Rücktrittsrecht ergibt sich aus der Nichterfüllung des (an sich wirksam und endgültig zustandegekommenen) Hauptvertrages und ist deshalb, wie eben ge-

1) Planck § 652 aaO.; Staub, Vorbem. 30 vor § 93 HGB., Jacusiel S. 101; Reichel S. 67; ebenso RG. JW. 1901, 171.
2) Vgl. Enneccerus I, 2 § 335 III; RG. 97, 351.
3) Vgl. darüber im Folgenden § 11.
4) OLG. Kiel 10, 176.

zeigt, für den Provisionsanspruch des Mäklers ebenso gleichgültig wie die Nichterfüllung des Vertrages schlechthin. Die Anfechtung des Hauptvertrages beruht dagegen auf seiner Anfechtbarkeit, und diese stellt einen Mangel im Abschluß des obligatorischen Vertrages dar, für den der Mäkler einzustehen hat.

Der anfechtbare Vertrag ist zunächst gültig zustandegekommen,[1] die Provision ist also verdient und darf, solange eine Anfechtung noch nicht erfolgt ist, von dem Auftraggeber nicht verweigert werden.[2] Deshalb hat auch der anfechtungsberechtigte Auftraggeber die Provision zu zahlen, wenn er die Anfechtung nur deswegen unterläßt, weil er sonst noch ungünstiger dastehen würde. Reichel[3] will hier dem Auftraggeber die Provision erlassen, da er von zwei Uebeln nur das kleinere gewählt habe, m. E. jedoch zu Unrecht; denn der Auftraggeber weiß, daß der Vertrag, solange er nicht angefochten ist, provisionspflichtig ist, und diesen Umstand hat er bei der Erwägung, ob er den Vertrag anfechten soll oder nicht, mit in Rechnung zu ziehen.[4]

Wird der Vertrag aber angefochten, so ist er damit als von Anfang an nichtig anzusehen, § 142 BGB. Er ist also rechtlich nie zustandegekommen, sodaß ein Anspruch auf Provision auch nie entstanden ist und eine bereits gezahlte Provision nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff BGB.) zurückverlangt werden kann.[5] Lag aber ein gesetzlicher Grund zur Anfechtung nicht vor und stimmte trotzdem der Anfechtungsgegner der Auflösung des Vertrages zu, so handelt es sich hier juristisch nicht um eine „Anfechtung“, sondern vielmehr um die freiwillige Wiederaufhebung eines gültig zustandegekommenen Vertrages;[6] durch eine solche wird aber das Recht des Mäklers auf die Provision nicht beseitigt.[7]

Grundsätzlich gleichgültig ist es, aus welchem Grunde und von welcher Partei der Vertrag angefochten wird; ein allgemeiner Satz des Inhalts, daß diejenige Partei, die durch ihr Verhalten die

1) Deswegen wird er auch erst an dieser Stelle behandelt, während er für gewöhnlich bei der Frage der materiellen Gültigkeit des vermittelten Vertrages zusammen mit den Fällen der Nichtigkeit erörtert wird.

2) Planck § 652 Erl. 3 b αγγ; Staub, Vorbem. 21; Staudinger § 652 Erl. III, 2 f; a. A. RG. JW. 03, 85 Nr. 38, wonach sich der Auftraggeber auch schon vor erfolgter Anfechtung auf die Anfechtbarkeit des Vertrages berufen und die Provision demgemäß verweigern kann.

3) Seite 27.

4) So auch Jacusiel S. 95.

5) Mot. II, S. 513; Planck aaO. Staudinger, aaO.; Enneccerus I, 2 § 378 II, 1 a; Oertmann Erl. 2 a α; Doerr aaO. S. 637 ff.; Jacusiel S. 95. — RG. 76, 354; RG. Gruch. 40, 967; RG. LZ. 1910, 291; 1920, 758[4]; SeuffA. 62, 445; OLG. 18, 16.

6) Reichel S. 85.

7) OLG. Hamburg, 20, 216.

Anfechtbarkeit des Vertrages veranlaßt hat, dem Mäkler die Rechtsungültigkeit nicht entgegenhalten kann,[8] ist m. E. nicht anzuerkennen und wird auch von den eben[9] genannten Autoren nicht begründet. Man denke an den Fall, daß der Auftraggeber sich über die Kreditwürdigkeit seines Kontrahenten geirrt hat und deshalb den Vertrag gemäß § 119 Abs. 2 BGB. mit Erfolg anficht; hier wäre es nicht einzusehen, warum der Auftraggeber trotzdem die Provision zu zahlen hätte. Die Sachlage ist hier vielmehr die gleiche, wie wenn der Auftraggeber bereits während der Verhandlungen mit dem Dritten von dessen mangelnder Kreditwürdigkeit Kenntnis erhalten und deshalb das Geschäft erst gar nicht abgeschlossen hätte.

Eine Ausnahme ist jedoch zu machen, wenn der Auftraggeber durch Täuschung des Dritten den Vertragsschluß ermöglicht hat und dieser daraufhin den Vertrag durch Anfechtung wieder beseitigt. Das Reichsgericht[10] versagt zwar auch hier dem Mäkler den Provisionsanspruch mit der Begründung, daß ohne die Täuschung des Auftraggebers der Vertrag nicht geschlossen, der Lohnanspruch des Mäklers also auch nicht entstanden wäre; die Arglist des Auftraggebers habe also weder die Entstehung des Lohnanspruches gehindert noch ihn beseitigt. Im Gegenteil, der Mäkler, der trotz dieses Sachverhalts den Anspruch auf die Provision geltend mache, wolle seinerseits die arglistige Täuschung seines Auftraggebers ausnutzen und verstoße daher selbst gegen Treu und Glauben.[11]

Diese Entscheidung hat lebhaften Widerspruch gefunden,[12] und mit Recht, da sie das Mäklerverhältnis zu Ungunsten des Mäklers zu wenig berücksichtigt. Man hat hier nämlich zu unterscheiden, ob der Auftraggeber die Absicht, den Dritten zu täuschen, bereits bei der Eingehung des Mäklervertrages hatte oder sie erst nachher gefaßt hat, und zwar ergibt sich hier dieselbe Beurteilung wie in den oben S. 28 ff. behandelten Fällen der Nichtigkeit, da der angefochtene Vertrag einem von Anfang an nichtigen Vertrage rechtlich vollkomen gleichsteht. Hatte nämlich der Auftraggeber von vornherein die Absicht, den Dritten, den ihm der Mäkler als Kon-

8) So Oertmann, § 652 Erl. 2 a α und Jacusiel S. 96.
9) Vgl. vorige Anmerk.
10) RG. 76, 354; ebenso OLG. Hamburg im Recht 1913, Nr. 670.
11) Ebenso RGRKomm. § 652 Erl. 2 b; Planck § 652 Erl. 3 b αγγ und jetzt auch Staub Vorbem. 21 vor § 93 HGB.
12) Vgl. Reichel S. 37; Jacusiel S. 97; R. Mayer S. 52; a. A. ferner Staudinger § 652 Erl. III 2 d u. f; Dernburg II, 2 § 339 Anm. 13; Frankenburger in Holdheims MSch. 1916, 197; Oertmann § 652 Erl. 2 a α; SeuffA.62, Nr. 251; OLG. Hamburg 18, 16.

trahenten zuführen sollte, über irgend einen Punkt beim Abschluß des Vertrages zu täuschen, weil er sich sagen mußte, daß dieser sich sonst auf das Geschäft nicht einlassen würde, so hat er eben für die Vermittlung dieses anfechtbaren Vertrages den Mäklerlohn versprochen in der Hoffnung, daß der Betrug von dem Dritten nicht bemerkt werden würde. Mit der Vermittlung dieses Geschäfts hat also der Mäkler das getan, was nach dem Mäklervertrage von ihm verlangt und wofür ihm der Lohn versprochen wurde; denn der Vertrag, dessen Vermittlung ihm übertragen war, konnte gar nicht anders als anfechtbar zustande kommen. Damit ist aber der Auftraggeber zur Zahlung der versprochenen Vergütung verpflichtet, und er kann sich jetzt nicht darauf berufen, daß der vermittelte Vertrag infolge der Anfechtung ungültig geworden sei; denn er hat von Anfang an mit der Möglichkeit rechnen müssen und auch gerechnet, daß der Dritte die Täuschung merken und daraufhin den Vertrag anfechten könnte. Der Auftraggeber würde also dolos handeln, wenn er sich jetzt unter Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages weigern würde, den Lohn zu zahlen. Deshalb kann auch der Mäkler, der in diesem Falle den Lohn einfordert, nicht, wie das Reichsgericht meint, dolos handeln; denn wenn er trotz der Nichtigkeit des vermittelten Vertrages den Lohn verlangt, so wehrt er sich nur dagegen, daß der Auftraggeber in seinem Sinne die Nichtigkeit des Vertrages ausnutzt.

Bondi[13], der der erwähnten Reichsgerichtsentscheidung im allgemeinen zustimmt, will hier dem Mäkler für den Fall, daß dieser selbst von dem Auftraggeber betrogen war und den Vertrag auf Grund der unwahren Angaben des Auftraggebers zustande gebracht hat, einen Anspruch auf die Provision in Gestalt eines Schadensersatzanspruches nach den §§ 276, 249, 252 BGB. zuerkennen. Dies ist jedoch nicht gerechtfertigt, denn als Schadensersatz kann der Mäkler die Provision nicht fordern, da ohne den Betrug ein Vertrag garnicht zustande gekommen wäre, also ein Schaden in Wirklichkeit auch nicht entstanden ist.[14] Diese Konstruktion ist auch überflüssig, da, wie eben gezeigt, der Mäkler seinen Provisionsanspruch ohne weiteres aus dem Vertrage herleiten kann.

Ist dagegen die Absicht, den Hauptvertrag durch einen Betrug zustande zu bringen, derartig auch zum Inhalt des auf seine Vermittlung gehenden Mäklervertrages geworden, daß dieser selbst als gegen die guten Sitten verstoßend nach § 138 BGB. als nichtig an-

13) LZ. 1914, 1010.
14) So auch Jacusiel S. 96 und OLG. Hamburg in Recht 13, 670.

zusehen ist, so entfällt damit naturgemäß auch der vertragliche Anspruch des Mäklers auf die Provision, wiederum ganz entsprechend den oben behandelten Fällen der Nichtigkeit. Ist hierbei der Mäkler gleichfalls von dem Auftraggeber getäuscht worden, sodaß er die Nichtigkeit des Lohnversprechens nicht gekannt hat, so hat er gegen den Auftraggeber einen Deliktsanspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die er im Vertrauen auf die Gültigkeit der Lohnzusage gemacht hat.

Hat aber der Auftraggeber beim Abschluß des Mäklervertrages noch nicht die Absicht gehabt, seinen Gegenkontrahenten zu täuschen, sondern wurde dies für ihn erst im Laufe der direkten Verhandlungen mit dem Dritten notwendig, da sich dieser sonst nicht auf den Vertragsschluß eingelassen hätte, so hat er den Lohn auch nicht für den Fall versprechen wollen, daß der vermittelte Vertrag durch eine Täuschung zustande kommen sollte. Der nach dem Lohnversprechen beabsichtigte Vertrag konnte nicht zustande kommen. Wenn dann der Auftraggeber versucht, den Dritten durch eine Täuschung zum Vertragsschluß zu bestimmen, dieser Versuch aber fehlgeschlagen ist, so kann er dem Mäkler die Nichtigkeit des Vertrages entgegenhalten, ohne dadurch seine Pflichten aus dem Mäklervertrage zu verletzen; denn hier hat sich die Arglist des Auftraggebers lediglich gegen den Dritten gerichtet. In diesem Falle müßte man also mit der oben wiedergegebenen Begründung des Reichsgerichts den Lohnanspruch des Mäklers verneinen. Die Rechtslage ist hier dieselbe, wie wenn der Vertragsgegner des Auftraggebers bereits vor dem Abschluß des Vertrages die Täuschung bemerkt hätte und daraufhin erst garnicht auf den Vertragsschluß eingegangen wäre, in welchem Falle der Lohnanspruch des Mäklers gleichfalls nicht entstanden wäre.

§ 12.

In der Mitte zwischen der Auflösung des vermittelten Vertrages durch eine erfolgreiche Anfechtung und durch Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts steht seine Aufhebung durch die Geltendmachung eines v e r t r a g l i c h e n Rücktrittsrechts; denn dieses ähnelt der Anfechtbarkeit des vermittelten Vertrages insofern, als es seine Grundlage in einer Vereinbarung hat, die das Bestehenbleiben des Vertrages in Frage stellt und durch den Vertragsschluß selbst begründet wird. Es stellt also gleichfalls einen gewissen Mangel im Vertragsschluß dar, und ein solcher Mangel ist regelmäßig von dem Mäkler zu vertreten.[1] Andererseits hat das vertragliche

1) OLG. Hamburg in HansGZ. 19 H. 51.

Rücktrittsrecht mit dem gesetzlichen gemeinsam, daß die Voraussetzung für seine Ausübung die Nichterfüllung des Vertrages oder andere, erst nach dem wirksamen Abschluß des Vertrages eintretende Tatsachen bilden, die für den Lohnanspruch des Mäklers in der Regel ohne Bedeutung sind. Je nachdem man also den durch Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts aufgelösten Vertrag unter dem einen oder anderen Gesichtspunkt betrachtet, gelangt man zu dem Ergebnis, daß der Provisionsanspruch des Mäklers durch die Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechts wieder beseitigt wird bezw. unberührt bleibt.

Ganz klar liegt die Lohnfrage natürlich da, wo der Auftraggeber von vornherein die Absicht hatte, sich den Rücktritt von dem Vertrage vorzubehalten; z. B. der Eigentümer eines Grundstücks, auf dem ein Vorkaufsrecht eingetragen ist, schließt mit einem Dritten einen Kaufvertrag ab und behält sich dabei das Rücktrittsrecht vor für den Fall, daß der Vorkaufsberechtigte innerhalb der bestimmten Zeit sein Vorkaufsrecht ausübe. Oder es verkauft jemand unter dem Vorbehalt des besseren Angebotes. Daß in beiden Fällen die Provision trotz Ausübung des Rücktrittsrechts verdient bleibt, ist klar;[2] denn in beiden Fällen hat der Mäkler das erreicht, was vertragsmäßig von ihm vorausgesetzt war.[3]

Abgesehen von derartigen Fällen ist aber die Frage, welche Wirkung die Aufhebung des vermittelten Vertrages durch Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts auf den Provisionsanspruch des Mäklers hat, sehr bestritten. Daß der unter Rücktrittsvorbehalt geschlossene Vertrag zunächst vollgültig zustande gekommen ist und somit anscheinend das Erfordernis des Zustandekommens im Sinne des § 652 BGB. erfüllt ist, ist bei einer richtigen Auslegung dieser Vorschrift belanglos; denn auch der anfechtbare Vertrag ist zunächst vollgültig, und nach erfolgter Anfechtung stehen die Parteien genau so da, wie wenn sie den Vertrag durch Ausübung des Rücktrittsrechts aufgelöst hätten; in jedem Falle sind sie wirtschaftlich so zu stellen, wie wenn ein Vertrag nie zustandegekommen wäre. Viel entscheidender als die Tatsache, daß der unter Rücktrittsvorbehalt geschlossene Vertrag gültig zustande gekommen ist, ist es, daß, so lange einem oder beiden der Kontrahenten frei steht, sich beliebig von dem Vertrage loszusagen, eine definitive Einigung über den Vertrag noch nicht vorhanden ist. Der vermittelte Vertrag sei, so meint man, noch nicht im Sinne des § 652

2) Für den zweiten Fall a. M. Mayer, S. 50.
3) Ebenso Reichel, S. 60.

zustande gekommen, solange ein Vertragsteil sich ohne Angabe von Gründen an den Vertrag nicht für gebunden halten und ihn einseitig umstoßen könne; denn die volle rechtliche Existenz des Hauptvertrages, die für die Entstehung des Lohnanspruches allein maßgebend ist, sei erst dann gegeben, wenn beide Vertragsteile ihre definitive Einigung über das abzuschließende Geschäft erklärt haben.[4]

Demgegenüber steht heute die herrschende Meinung auf dem Standpunkt, daß die Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechts durch eine der Parteien den Lohnanspruch des Mäklers nicht wieder beseitige.[5] Oertmann[6] begründet diese Ansicht damit, daß die lediglich obligatorische Wirkung des Rücktritts den Vertrag nur zwischen den Parteien aufhebe und deshalb dem Mäkler gegenüber die Tatsache nicht ungeschehen machen könne, daß der Vertrag zunächst gültig zustande gekommen sei. Dieses Zustandekommen des Vertrages, nicht auch sein fortdauerndes Bestehen, bilde aber nach dem Gesetz die Voraussetzung für die Entstehung des Lohnanspruches. Nach der hier vertretenen Auffassung des Begriffes „Zustandekommen" im Sinne des § 652 genügt diese Beweisführung aber nicht, um dem Mäkler den Provisionsanspruch zuzuerkennen; denn maßgebend ist nicht die rein juristische Tatsache, daß ein Vertrag gültig zustandegekommen ist, sondern der Begriff des Zustandekommens ist darüber hinaus noch an die Voraussetzung geknüpft, daß der Vertrag auch im Sinne des Lohnversprechens als zustandegekommen anzusehen ist, und das ist er nur dann, wenn er einen wirtschaftlichen Wert für den Auftraggeber hat und geeignet ist, ihm den gewünschten wirtschaftlichen Erfolg zu vermitteln. Daß aber ein Vertrag, der beliebig von den Parteien, also auch von dem Vertragsgegner des Auftraggebers, wieder umgestoßen werden kann, sehr leicht einen nur geringen wirtschaftlichen Wert darstellen kann, ist wohl nicht zu bestreiten. Außerdem ist ein Vertragsschluß, bei dem sich die Parteien das Recht zum Rücktritt vorbehalten haben, gar nicht so „korrekt", wie Oertmann meint; denn wenn von dem vermittelten Vertrage im Sinne des Lohnversprechens verlangt werden muß, daß er auch eine gewisse Gewähr für sein Bestehenbleiben bietet, bei einem unter Rücktrittsvorbehalt geschlossenen Ver-

4) So besonders Rospatt, S. 554; ferner Burchard in den Verhandl. d. 24. Dtsch. Juristentages, Bd. II, S. 287. Schollmeyer, Schuldverh. 2. Aufl. 1904, S. 114; Goldmann- Lilienthal I, § 180, III, 3 b; R. Mayer, S. 50.

5) Planck Erl. 3 b αςς; Oertmann, Erl. 2 a α. RGRKomm. Erl. 3 zu § 652, Staudinger Erl. III, 2 g; Staub Vorbem. 30 vor § 93 HGB. (anders frühere 9. Aufl.); Dernburg II, 2 § 339, II, 1; Crome § 272, 5 a α; Düringer-Hachenburg § 99 Anm. 3; Fischer-Henle Erl. 6 zu § 652; Doerr aaO. S. 639; Jacusiel S. 100; Riesenfeld Gruch. 37, S. 543 ff. Aus der Rechtsprechung: RG. LZ. 1915, 504[4]; SeuffA. 40, Nr. 16; OLG. 23, 51.

6) Erl. 2 a α und ebenso Staudinger, III, 2 g zu § 652.

trage aber die Grundlage für eine spätere Aufhebung bereits durch den Vertragsschluß gelegt worden ist, so kann man nicht sagen, daß ein korrektes Zustandekommen im Sinne des § 652 vorliegt und deshalb nicht, wie Oertmann es tut, die Ausübung des Rücktrittsrechts oder eines vorbehaltenen Wiederkaufsrechts mit den Fällen gleichstellen, in denen die Parteien später durch freiwillige Vereinbarung den Vertrag wieder aufheben; denn in den letztgenannten Fällen war die Möglichkeit der Wiederaufhebung noch nicht bereits beim Vertragsschluß vorbehalten.

Reichel[7] unterscheidet, je nachdem der Auftraggeber zurücktritt oder dessen Gegenkontrahent; im ersteren Falle soll im Zweifel die Provision verdient bleiben, im letzteren soll sie zurückverlangt werden können. Enneccerus[8] will es, ähnlich wie bei der auflösenden Bedingung, darauf abstellen, ob trotz des Rücktritts der vom Auftraggeber erstrebte wirtschaftliche Zweck im wesentlichen erreicht ist oder nicht. Vgl. darüber unten § 13.

Eine allgemeine Regel, die zu Gunsten des Mäklers die Provision trotz des Rücktritts einer der Parteien verdient sein läßt, kann m. E. überhaupt nicht aufgestellt werden. Planck[9] stellt auf dem Wege über das Rücktrittsrecht, das im Falle des Fixgeschäftes nach § 361 BGB. vermutet wird und das unzweifelhaft vertraglicher Natur ist, als Voraussetzung aber die Nichterfüllung des Vertrages hat, das vertragliche Rücktrittsrecht überhaupt dem gesetzlichen gleich mit der Begründung, daß die Verkehrsauffassung und die darnach vorauszusetzende Absicht der Parteien keinen Unterschied mache zwischen dem gesetzlichen Rücktrittsrecht, zu dessen Ausübung es erst noch eines zum Vertrage hinzutretenden Mangels in der Erfüllung seitens der anderen Partei bedarf, und dem vertraglichen Rücktrittsrecht, das seine Grundlage unmittelbar im Vertrage habe. Deshalb behandelt er das vertragliche Rücktrittsrecht in der hier fraglichen Beziehung genau so wie das gesetzliche, läßt also den Provisionsanspruch in der Regel bestehen, und kommt nur dort zu einer anderen Entscheidung, wo im Einzelfall die Auslegung des Mäklervertrages einen anderen Parteiwillen erkennen läßt. Hierbei ist aber zu beachten, daß eine Vertragspartei sich deswegen den Rücktritt von einem Vertrage vorbehalten wird, weil sie ihre Gebundenheit an den Vertrag von Umständen abhängig machen will, die zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht feststanden. Zu

7) Seite 60 ff.
8) I, 2 § 378 II, 1 b.
9) Erl. 3 b αcc zu § 652 BGB.

demselben Ziel wäre sie gelangt, wenn sie den Vertrag unter einer entsprechenden auflösenden Bedingung abgeschlossen hätte oder noch vorteilhafter, wenn der Vertrag unter der aufschiebenden Bedingung des Nichteintritts jenes Ereignisses abgeschlossen worden wäre. Alle diese Möglichkeiten der rechtlichen Gestaltung haben dasselbe Ziel, nämlich nur eine vorläufige vertragliche Regelung zu schaffen und eine endgültige vertragliche Bindung erst für einen späteren Zeitpunkt in Aussicht zu stellen. Deshalb wird man bei der Auslegung, ob im Einzelfall der Mäklerlohn trotz der Ausübung des Rücktrittsrechts verdient sein soll oder nicht, hauptsächlich davon auszugehen haben, an welche Voraussetzungen das Rücktrittsrecht geknüpft war. Hier lassen sich hauptsächlich zwei Arten unterscheiden:

War das Rücktrittsrecht durch ein dem Vertragsschluß nachfolgendes Verhalten des Vertragsgegners bedingt, wie z. B. durch die Verletzung der ihm aus dem Vertrage obliegenden Pflichten, so berührt die daraufhin erfolgende Ausübung des Rücktrittsrechts den Lohnanspruch des Mäklers ebensowenig wie die Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts; denn ebensowenig wie die völlige Nichterfüllung des Vertrages hebt jedes andere vertragswidrige Verhalten der Parteien den bereits entstandenen Lohnanspruch des Mäklers wieder auf.[10]

War dagegen die Möglichkeit, von dem Vertrage zurückzutreten, von Gründen abhängig gemacht, die außerhalb der Person der beiden Parteien lagen, wie z. B. von der Gestaltung der Konjunktur bis zu einem gewissen Zeitpunkt oder von anderen Umständen, die für das vermittelte Geschäft von Bedeutung waren (z. B. Erteilung der erforderlichen Ausfuhrgenehmigung), so wird man in diesen Fällen dem Mäkler einen Provisionsanspruch nicht zu erkennen können. Denn hier sind die Bedenken, die R o s p a t[11] ganz allgemein zur Ablehnung des Provisionsanspruches bei einem durch Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrecht aufgelösten Vertrage veranlaßt haben, nicht zu übersehen. Der vermittelte Vertrag kann hier nicht im Sinne des Mäklervertrages als zustandegekommen angesehen werden, da die definitive Einigung der Parteien über den Vertragsschluß noch hinausgeschoben sein sollte; es ist genau so anzusehen, wie wenn die Parteien den Vertrag unter einer entsprechenden auflösenden Bedingung geschlossen hätten oder das endgültige Wirksamwerden des Vertrages von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht hätten; denn allen diesen Fällen ist

10) RG. LZ. 1915, 504⁴.
11) Seite 554, aaO.

gemeinsam, daß das Eintreten eines für den Abschluß des Geschäftes wichtigen Umstandes zur Zeit des Vertragsschlusses noch ungewiß war, sodaß die wirtschaftliche Auswirkung des Vertrages, d. h. die Vornahme der Erfüllungshandlungen, gleichfalls noch als ungewiß hingestellt werden sollte. Daß die Parteien bei dem unter Rücktrittsvorbehalt geschlossenen Vertrage zunächst einen vollgültigen Vertrag mit klagbaren Ansprüchen geschaffen haben, während dies bei der Wahl einer entsprechenden aufschiebenden Bedingung nicht der Fall gewesen wäre, ist eine Unterscheidung, die sich nur rein juristisch rechtfertigen läßt, aber für die wirtschaftliche Einschätzung der beiden Vertragsformen unerheblich ist; denn nach der Ausübung des Rücktrittsrechts sind die Parteien gleichfalls so zu stellen, wie wenn ein Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Die Wahl der einen oder anderen rechtlichen Gestaltung des Vertrages ist aber eine rein zufällige, sodaß auch beide Fälle hinsichtlich ihrer Eignung als Grundlage für die Entstehung des Lohnanspruches gleich zu behandeln sind; der Provisionsanspruch würde also hier mit der Geltendmachung des Rücktrittsrechts wieder beseitigt werden.

§ 13.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß der in den Vertrag aufgenommene Vorbehalt, unter bestimmten Voraussetzungen von dem Vertrage zurücktreten zu können, wirtschaftlich dieselbe Bedeutung hat wie die Vereinbarung einer entsprechenden auflösenden Bedingung; denn in beiden Fällen soll vorläufig der Zustand hergestellt werden, wie wenn das Geschäft ohne jede Klausel zustande gekommen wäre, und in beiden Fällen ist auch die Rückgängigmachung der Vertragsfolgen unter bestimmten Umständen bereits beim Abschluß des Vertrages vorgesehen. Ein Unterschied ergibt sich lediglich in rechtlicher Beziehung dadurch, daß der Eintritt der auflösenden Bedingung dingliche Wirkung hat, sodaß also mit dem Eintritt der Bedingung ohne weiteres wieder der frühere Rechtszustand eintritt (§ 158 BGB.), während nach der Ausübung des Rücktrittsrechts lediglich persönliche Ansprüche auf Rückgewähr des Geleisteten gegeben sind, § 346 BGB. Aber auch ein rechtlicher Unterschied besteht zwischen beiden Fällen dann nicht, wenn die Parteien der auflösenden Bedingung, die in der Regel nur ex nunc wirkt, rückwirkende Kraft beigelegt haben; denn dann sind die Beteiligten ebenso wie nach § 346 lediglich verpflichtet, einander das bereits Empfangene zurückzugewähren. Es liegt deshalb kein Grund vor, die Frage, welchen Einfluß die Auflösung des vermittelten Ver-

trages durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung auf den Lohnanspruch des Mäklers hat, anders zu beurteilen als in dem wesensgleichen Falle, daß der Vertrag durch den Rücktritt einer der Parteien wieder beseitigt wird.[1]

Trotzdem kann die Frage, welchen Einfluß es auf den Lohnanspruch des Mäklers hat, wenn der von ihm vermittelte Vertrag unter einer auflösenden Bedingung zustande kommt, als eine der strittigsten im ganzen Mäklervertragsrecht bezeichnet werden. Bevor jedoch zu den einzelnen hier vertretenen Meinungen Stellung genommen wird, sei auch hier erwähnt, daß aus der Betrachtung naturgemäß diejenigen Fälle auszuscheiden haben, in denen die Provision für den Fall, daß der vermittelte Vertrag unter einer auflösenden Bedingung zustande kommt, ausdrücklich versprochen oder wegbedungen war; denn daß die Provision hier gezahlt werden muß bezw. verweigert werden kann, liegt auf der Hand. Es kommen deshalb für die folgende Untersuchung nur diejenigen Fälle in Frage, in denen eine solche ausdrückliche Vereinbarung nicht getroffen worden ist; denn nur hier können sich Zweifel an der Provisionspflichtigkeit des vermittelten Vertrages ergeben.

Für die Entscheidung dieser Fälle hat die Literatur an Hand des Gesetzes und der Motive zum BGB. verschiedene Auslegungsregeln aufgestellt, die alle von derselben Grundlage ausgehen.

Man teilt nämlich die rechtliche Entwicklung, die ein auflösend bedingter Vertrag von seinem Abschluß bis zu seinem Erlöschen infolge des Bedingungseintritts durchläuft, in zwei Abschnitte: Der erste Abschnitt umfaßt die Zeit, während der die Bedingung schwebt, läuft also vom Abschluß des Vertrages bis zu dem Zeitpunkt des Bedingungseintritts; der zweite Abschnitt beginnt mit dem Eintritt der Bedingung. Auf Grund dieser Zweiteilung kommt man zu folgenden Ergebnissen:

1. Im ersten Stadium ist der Anspruch des Mäklers auf die versprochene Vergütung stets gegeben, da die auflösende Bedingtheit des Vertrages die Entstehung des Provisionsanspruches nicht hindert.[2] Denn es ist zu bedenken, daß der Vertrag zunächst gültig und rechtswirksam zustandegekommen ist, und daß nach dem Wortlaut des Gesetzes gerade dieses Zustandekommen den Lohnanspruch des

1) Planck § 652 Erl. 3 b α δδ; Jacusiel S. 100; ebenso RGRKomm. § 652 Erl. 3 und RG. Warn. 1919 Nr. 31.

2) Vgl. Staub Vorbem. 30 vor § 93 HGB.; Planck Erl. 3 b α δδ; Düringer-Hachenburg Anm. 3 zu § 99; Soergel Anm. 5 c zu § 652; RGRKomm. Erl. 3; Neumann Anm. II. 2 c β zu § 652; ferner Goldmann-Lilienthal S. 685, I § 180; Reichel S. 53; Jacusiel S. 100; Doerr S. 638.

Mäklers begründet. Ebenso heben es die Motive zum BGB.[3] als Absicht des Gesetzgebers ausdrücklich hervor, daß die auflösende Bedingtheit des Vertrages die Entstehung des Lohnanspruches nicht hindert, und diese Absicht kommt noch deutlicher dadurch zum Ausdruck, daß in § 652 BGB. nur bei einem aufschiebend bedingten Vertrage das Entstehen des Provisionsanspruches bis zu dem Eintritt der Bedingung gleichfalls hinausgeschoben wird.

2. Gegenüber dieser als einstimmig zu bezeichnenden Meinung ist das Rechtsschicksal des Provisionsanspruches sehr bestritten, wenn der vermittelte Vertrag in das zweite Stadium gelangt, also die auflösende Bedingung eintritt. Die zwei Meinungen, die sich hier ergeben können und die auch beide vertreten werden, sind die, daß der einmal entstandene Anspruch des Mäklers auf die Provision bestehen bleibt, oder daß dieser Anspruch wieder entfällt, eine bereits gezahlte Provision also nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung wieder zurückverlangt werden kann. Das Gesetz gibt für die Entscheidung dieser Frage keinen Anhaltspunkt. Zwar wird von manchen der bereits oben erwähnte Umkehrschluß aus § 652 Abs. 1 Satz 2 BGB., wo der Provisionsfall nur für die aufschiebende Bedingung ausdrücklich geregelt ist, auch auf die Frage des Bestehenbleibens des Provisionsanspruches ausgedehnt, mit der Folgerung, daß bei einem auflösend bedingten Vertrage die Provision mit dem Abschluß des Vertrages auch endgültig verdient sei, so daß sie durch den Eintritt der Bedingung nicht mehr berührt werde.[4]

Dieser Beweisgrund ist jedoch nicht für zwingend zu halten; besonders scharf wird er von Reichel[5] bekämpft, der das argumentum e contrario schon an sich für einen „Kunstgriff von höchst bedenklichem Wert" hält und seine Anwendbarkeit im vorliegenden Fall für umso fraglicher erachtet, als es sich bei der Vorschrift des § 652 Abs. 1 Satz 2 BGB. lediglich um eine bloße Auslegungsregel handelt. Außerdem ist zu bedenken, daß aus der verschiedenen Behandlung der beiden Arten der Bedingung im Gesetz ein Schluß nur auf den Zeitpunkt des Entstehens des Provisionsanspruches gezogen werden kann, aber nicht auch auf das Bestehenbleiben des einmal entstandenen Anspruches. Denn in der genannten Vorschrift wird nur eine Vermutung für die Frage aufgestellt, wann bei einem aufschiebend bedingten Vertrage der Mäk-

3) II, S. 513.
4) Vgl. Oertmann 2 a α.
5) Seite 52.

lerlohn verdient ist, d. h. wann der Anspruch auf ihn entstanden ist. Ein daraus gewonnener Umkehrschluß kann mithin auch nur Bedeutung haben für die Frage, ob trotz der auflösenden Bedingtheit des vermittelten Vertrages der Provisionsanspruch zur Entstehung gelangt, aber nicht auch dafür, ob der Anspruch trotz des Eintritts der auflösenden Bedingung bestehen bleibt. Die Anwendung des Umkehrschlusses auch auf die Beantwortung dieser Frage auszudehnen, ist durch nichts gerechtfertigt.

Auch aus den Motiven zum BGB. ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, ob der Provisionsanspruch des Mäklers bei Eintritt der auflösenden Bedingung bestehen bleibt oder wieder entfällt. Es wird dort zwar diese Frage aufgeworfen,[6] aber nicht entschieden, vielmehr wird es der Rechtsprechung und Literatur überlassen, dazu Stellung zu nehmen. Die Motive bemerken nur, daß die Entscheidung wohl nach dem § 129 des Entwurfes I, dem jetzigen § 158 BGB., zu erfolgen habe. Nach § 158 Abs. 2 BGB. tritt mit dem Zeitpunkt des Eintritts der auflösenden Bedingung der frühere Rechtszustand wieder ein. Diese Wirkung bezieht sich aber zunächst nur auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten und es erscheint unzulässig, sie auch auf das Mäklerverhältnis zwischen Auftraggeber und Mäkler zu erstrecken in der Weise, daß mit dem Eintritt der Resolutivbedingung auch zwischen Auftraggeber und Mäkler der frühere Rechtszustand wieder eintritt, der Provisionsanspruch also wieder entfällt. Denn wenn man auch annehmen wollte, daß mit dem Erlöschen der Wirkung des vermittelten Rechtsgeschäfts der Provisionsanspruch des Mäklers wieder seinen rechtlichen Grund verlöre, so dürfte man trotzdem nicht dem § 158 Abs. 2 BGB. bei seiner dispositiven Natur diese Wirkung zusprechen.[7] Außerdem ist zu bedenken, daß nach der Auffassung des BGB. von der auflösenden Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts erst mit dem Eintritt der Bedingung endigt, und zwar nur für die Zukunft. Eine rückwirkende Kraft in dem Sinne, daß das auflösend bedingte Rechtsgeschäft wie bei der Anfechtung als nie geschlossen gilt, findet nicht statt. Zwar können die Parteien gemäß § 159 BGB. der von ihnen gewählten auflösenden Bedingung rückwirkende Kraft beilegen, diese wirkt dann jedoch nur zwischen ihnen und nicht dinglich gegenüber Dritten. Daraus folgt, daß, auch wenn die Parteien ihr Rechtsgeschäft dadurch mit rückwirkender Kraft auflösend bedingt haben, daß es bei Eintritt der Bedingung

7) Vgl. OLG. 32, 310.
6) Mot. II, S. 513.

als nicht geschlossen gelten soll, diese Vereinbarung gegenüber dem Mäkler nicht wirkt; denn im Verhältnis zu ihm ist die Tatsache nicht aus der Welt zu schaffen, daß der vermittelte Vertrag zunächst einmal gültig geschlossen worden ist und auch während der Schwebezeit der Bedingung bestanden hat, und dies genügt im Zweifel, um ihm seinen Anspruch auf die Provision zu belassen.

Vom Standpunkt des Gesetzes und der Motive aus steht also der Auffassung nichts im Wege, daß der Mäklerlohn im Zweifel trotz Eintritts der auflösenden Bedingung nicht wieder herausgegeben zu werden braucht. Diese Ansicht erhält eine starke Stütze für ihre Richtigkeit, wenn man den wirtschaftlichen Zweck des Mäklervertrages ins Auge faßt. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes und der im Zweifel anzunehmenden Absicht der Parteien hat der Mäkler den Anspruch auf die Provision erworben, wenn der von ihm vermittelte Vertrag zustande gekommen ist; denn mit der Vermittlung des angestrebten Vertrages hat der Mäkler alles getan, was von ihm erwartet werden konnte, sodaß sich mit diesem Zustandekommen des Vertrages das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Mäkler erledigt; „es entspricht weder der Rechtslage noch der vorauszusetzenden Absicht der Parteien, das Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Mäkler auch nach Abschluß des vermittelten Vertrages noch in der Schwebe bestehen zu lassen.“[8] Es wäre deshalb unbillig, wenn man den Mäkler nach vielleicht sehr langer Zeit zur Rückzahlung des erhaltenen Lohnes verpflichten oder ihm sogar die versprochene Vergütung solange vorenthalten wollte, bis der Nichteintritt der auflösenden Bedingung feststeht. Dieser letzten Ansicht ist Rospatt[9] mit der Begründung, daß dem Mäkler gegenüber der vermittelte Vertrag erst dann im Sinne von § 652 BGB. als zustandegekommen zu gelten hat, wenn endgültig feststeht, daß er infolge des Ausfalls der auflösenden Bedingung bei Bestand bleibt. Diese Lösung scheint aber juristisch sehr bedenklich; mit Recht wendet Reichel[10] dagegen ein, „die Natur des auflösend bedingten Vertrages werde schwer verkannt, wenn er solchergestalt in einen durch den Ausfall der Bedingung aufschiebend bedingten Vertrag umgedeutet wird.“ Gewiß gehen auflösende und aufschiebende Bedingung oft ineinander über. Das darf aber nicht dazu führen, daß man dort, wo das Vorliegen einer auflösenden Bedingung feststeht, daraus eine negative aufschiebende Bedingung macht; denn

8) OLG. 28, 321.
9) aaO. S. 546 ff.
10) aaO. S. 51.

es kann schließlich jede auflösende Bedingung in eine negative Suspensivbedingung umgedeutet werden. Solange aber ein dahingehender Parteiwille nicht ersichtlich ist, ist eine solche Umdeutung durch nichts gerechtfertigt. Außerdem würde diese Auffassung von Rospatt in denjenigen Fällen zu einem unbefriedigenden praktischen Ergebnis führen, wo der Eintritt der auflösenden Bedingung vielleicht erst nach langer Zeit erfolgen kann; denn hier könnte man den Mäkler nicht so lange auf seinen Lohn warten lassen.

Dieser Grund fällt allerdings dann fort, wenn der Eintritt der Bedingung innerhalb einer verhältnismäßig eng begrenzten Frist erfolgen muß und nach dem Ablauf dieser relativ kurzen Zeit feststeht, daß die Bedingung ausgefallen ist, der Vertrag also endgültig bei Bestand bleibt. Deshalb will Reichel[11] in diesen Fällen den Anspruch auf die Provision zwar entstanden sein lassen, dem Auftraggeber aber bis zu dem Stichtage eine aufschiebende Einrede entsprechend der dem Bürgen nach § 770 Abs. 1 BGB. zustehenden Einrede geben, weil dadurch ein nutzloses Hin- und Herzahlen des Lohnes vermieden würde. Die Zulässigkeit dieser analogen Anwendung des § 770 Abs. 1 BGB. erscheint jedoch sehr zweifelhaft.

Für die Auffassung, daß im Zweifel der Mäklerlohn nach Eintritt der auflösenden Bedingung nicht wieder zurückverlangt werden kann, spricht ferner der Umstand, daß der Auftraggeber es ja in der Hand hatte, den von seinem Mäkler vermittelten Vertrag unter der auflösenden Bedingung abzuschließen oder nicht; eine Pflicht zum Abschluß bestand ja für ihn nicht.[12] Schloß er das vermittelte Rechtsgeschäft ab, so war er sich dabei auch bewußt, daß dieses Geschäft durch die Vermittlung seines Mäklers zustande gekommen und deshalb auch provisionspflichtig war; denn dieses Bewußtsein von der ursächlichen Tätigkeit des Mäklers ist ja eine der Voraussetzungen für dessen Lohnanspruch. Es wäre deshalb unbillig, wenn der Auftraggeber sich trotzdem später unter Berufung auf den Eintritt der auflösenden Bedingung weigern dürfte, den versprochenen Lohn zu zahlen. Diese Auffassung muß vor allem im Handelsverkehr gelten, wo besonders klare Rechtsverhältnisse erforderlich sind. Daher hat auch nach einer Entscheidung des OLG. Hamburg[13] der kaufmännische Mäkler, dessen Gewerbe gerade in der Vermittlung von auflösend bedingten Verträgen, z. B. Verträgen mit der sog. Kriegsklausel, besteht, mit dem Abschluß des rechtsverbindlichen, wenn auch

---

11) Seite 53
12) Vgl. oben § 2, S. 4 ff.
13) OLG. 32, 310.

auflösend bedingten Rechtsgeschäfts seine Provision im Zweifel endgültig verdient.

Auf Grund dieser wirtschaftlichen Erwägungen hat sich deshalb auch die neuere Rechtsprechung überwiegend dafür entschieden, im Zweifel den Anspruch auf den Mäklerlohn trotz des Eintritts der auflösenden Bedingung bestehen zu lassen,[14] und die Literatur hat sich gleichfalls überwiegend für das Bestehenbleiben des Provisionsanspruches erklärt.[15] Auch Planck hat seine früher[16] vertretene Ansicht, daß der Mäklerlohn zurückzuzahlen sei — begründet mit der nahen Verwandtschaft der Fälle, in denen eine aufschiebende Bedingung wegfällt oder eine auflösende eintritt, in Verbindung mit der Tatsache, daß die Wahl der einen oder der anderen Rechtsform durch die Parteien oft nur durch zufällige Umstände veranlaßt wird —, in der neuesten vierten Auflage zu Gunsten der herrschenden Meinung aufgegeben.[17] Eine Mittelmeinung vertritt Reichel,[18] der es darauf abstellt, ob trotz des Eintritts der auflösenden Bedingung der vom Auftraggeben erstrebte Zweck im wesentlichen erreicht wurde oder nicht; im letzteren Falle soll die Rückforderung des Mäklerlohnes möglich sein.[19]

Daß es sich jedoch bei diesen Grundsätzen nur um Auslegungsregeln handelt, ist stets hervorgehoben worden. Es wird also von der herrschenden Lehre ohne weiteres die Möglichkeit zugegeben, daß im Einzelfall der Provisionsanspruch des Mäklers mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung wieder hinfällig werden kann. Damit ist aber in dieser Lehre ein offenbarer Widerspruch vorhanden. Denn einerseits wehrt man sich aus Gründen der Billigkeit und der Wirtschaftlichkeit dagegen, daß der einmal gezahlte Lohn wieder zurückgezahlt werden muß, andererseits aber stellt man Auslegungsregeln auf, die diese Möglichkeit vollkommen bestehen lassen. Man ist also in dem Bestreben, einen klaren Rechtszustand zwischen Auftraggeber und Mäkler zu schaffen, keinen Schritt weiter gekommen; denn woher soll in einem gegebenen Einzelfall der Mäkler wissen, ob nicht gerade in diesem Fall der Eintritt der auflösenden Bedingung auch

14) So OLG. 22, 320; 28, 196; 32, 310; 36; 267; OLG. Hamburg in LZ. 1916, 628. Früher anderer Meinung OLG. 14, 28 und OLG. Stuttgart in DIZ. 1904 S. 822.

15) Oertmann Anm. 2 a α zu § 652; Crome II, 2 S. 712; Dernburg II 2 § 339 Anm. 8; Kohler II, 1 S. 374; Düringer-Hachenburg, S. 303, Anm. I a zu § 99; Warneyer, Erl. IV zu § 652; RGRKomm. § 652 Erl. 3. Ferner Staub Vorbem. 30 vor § 93 ff. HGB. (anders die 6.—9. Aufl., Vorbem. 22 vor § 93); a. A. dagegen Goldmann-Lilienthal I § 180; Neumann II, 2 c 3; Achilles-Greiff Anm. 6; Fischer-Henle Erl. 9 zu § 652; Doerr S. 638 ff.; Riesenfeld Gruch. 37, S. 543.

16) Planck Bd. II, S. 396 Bem. 2 c zu § 652.

17) Erl. 3 b α ϑϑ zu § 652 BGB.

18) Seite 50 ff.

19) Ebenso Enneccerus I, 2 § 378 II, 1 b.

seinen Lohnanspruch wieder hinfällig werden läßt? Die Schaffung einer klaren Rechtslehre ist aber ein unbedingtes Erfordernis. Denn ein Mäkler, der in dem Vermitteln von Geschäften sein Gewerbe hat, muß schon bei Abschluß des vermittelten Vertrages beurteilen können, ob er sich den verdienten Lohn als endgültigen Gewinn buchen kann, und muß davor geschützt werden, daß er womöglich nach langer Zeit zur Rückzahlung der erhaltenen Vergütung verpflichtet wird.

Die oben erörterten Auslegungsregeln sind jedoch nicht geeignet, hinsichtlich der Endgültigkeit des Provisionsanspruches einen klaren Rechtszustand zu schaffen. Sie gehen zwar zunächst von der richtigen Grundlage aus, daß nicht in jedem Fall mit dem Zustandekommen eines auflösend bedingten Vertrages die Provision verdient zu sein braucht, da es oft unbillig erscheinen wird, den Auftraggeber zur Zahlung der Provision zu verpflichten, wenn der vermittelte Vertrag später durch den Eintritt der Resolutivbedingung wieder beseitigt wird. Trotz dieser Erkenntnis läßt aber die behandelte Auslegungslehre im ersten Stadium, also mit dem Abschluß des auflösend bedingten Rechtsgeschäfts, den Anspruch auf den Mäklerlohn stets zur Entstehung gelangen, und in dieser Feststellung liegt der Grund dafür, daß durch diese Auslegungsregeln ein klarer Rechtszustand nicht geschaffen werden kann. Denn nun kann dem Umstand, daß die Zuerkennung des Provisionsanspruches sich im Einzelfall als unbillig herausstellen kann, nur noch dadurch Rechnung getragen werden, daß der bereits entstandene Anspruch im zweiten Stadium, d. h. also nach dem Eintritt der auflösenden Bedingung, wieder zum Erlöschen gebracht wird. Die notwendige Folge hiervon ist das unbefriedigende Ergebnis, daß der Mäkler nach vielleicht langer Zeit zur Rückzahlung des Lohnes verpflichtet werden kann.

Nach diesen Auslegungsgrundsätzen läßt es sich also nur immer erst im zweiten Stadium, nach Eintritt der auflösenden Bedingung, feststellen, ob der Mäklerlohn endgültig verdient ist oder nicht, da der Anspruch auf den Lohn letzten Endes davon abhängig gemacht wird, wie sich die wirtschaftlichen Verhältnisse zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten nach dem Bedingungseintritt gestalten. Erst nach diesem Zeitpunkt weiß also der Mäkler, ob er die Provision endgültig verdient hat.

Diese unbefriedigende Folge ist aber als unwirtschaftlich zu vermeiden. Das Ziel der vorliegenden Betrachtung geht deshalb dahin, zu untersuchen, ob der Ausgleich zwischen der auflösenden

Bedingtheit des vermittelten Vertrages und dem Entstehen des Provisionsanspruches nicht auf andere Weise geschaffen werden kann. Dies kann folgerecht nur dadurch geschehen, daß nicht das Bestehenbleiben des einmal entstandenen Anspruches, sondern nur sein Entstehen von der auflösenden Bedingtheit des vermittelten Rechtsgeschäfts beeinflußt wird. Dadurch wird sofort eine klare Rechtslage geschaffen, denn ob ein Anspruch aus irgend einem Grunde entstanden ist, kann jederzeit festgestellt werden, während das Bestehenbleiben eines Anspruches oder — negativ ausgedrückt — sein nachträglicher Wegfall naturgemäß erst immer nach Ablauf einer gewissen Zeit festgestellt werden kann. Soll also bereits das Entstehen des Provisionsanspruches von der Art der auflösenden Bedingtheit abhängig gemacht werden, so kann nicht mehr der Grundsatz gelten, daß mit dem Abschluß eines resolutiv bedingten Vertrages zunächst der Anspruch auf die Provision stets zur Entstehung gelangt.

Diese Regel wurde, wie erinnerlich, damit begründet, daß ja zunächst der vermittelte Vertrag gülig zustande gekommen ist, wodurch die Voraussetzung für die Entstehung des Provisionsanspruches nach § 652 BGB. gegeben sei. Diese Begründung erscheint sehr formal und versagt deshalb vollkommen gegenüber dem Grundsatz, daß nicht das Zustandekommen eines Vertrages schlechthin den Lohnanspruch zur Entstehung gelangen läßt, sondern nur ein Vertrag, der auch im Sinne des Lohnversprechens als zustandegekommen angesehen werden kann.

Gegen die erwähnten Auslegungsgrundsätze ist ferner einzuwenden, daß sie das Rechtsschicksal des Provisionsanspruches verschieden behandeln, je nachdem die auflösende Bedingung noch schwebt oder bereits eingetreten ist; denn die zwei Stadien, die der resolutiv bedingte Vertrag durchläuft, ergeben sich nur aus rechtlichen, aber nicht aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Wirtschaftlich bildet vielmehr der auflösend bedingte Vertrag eine Einheit ohne Rücksicht auf den Eintritt oder Nicheintritt der Bedingung. Die wirtschaftliche Seite des vermittelten Vertrages stellt aber das Zustandekommen im Sinne des Mäklervertrages dar, und sie allein ist deshalb für die Entstehung des Provisionsanspruches maßgebend, da ein rein juristisches Zustandekommen des vermittelten Vertrages noch nichts für die Frage besagt, ob der Mäklerlohn verdient ist oder nicht. Es erscheint deshalb widersinnig, wenn durch die rein juristische Frage, welche Stadien der auflösend bedingte Vertrag in seiner Entwicklung durchläuft, verschiedene Wirkungen

auf den Provisionsanspruch ausgeübt werden sollen in der Weise, daß, solange die Bedingung schwebt, der Anspruch entstanden ist, daß der Anspruch aber wieder entfallen kann, wenn die Bedingung eingetreten ist. Ist so das auflösend bedingte Rechtsgeschäft im Verhältnis zu dem Anspruch auf die Provision als eine Einheit aufzufassen, ohne Rücksicht auf den möglichen Eintritt der Bedingung, so kann es die Frage nach dem Lohnanspruch auch nur einheitlich beeinflussen in der Weise, daß die Provision mit dem Abschluß des vermittelten Vertrages entweder endgültig verdient ist oder nicht verdient ist; ein drittes gibt es nicht.

Es ist demnach in jedem Fall nur zu prüfen, ob der Anspruch auf die Provision mit dem Abschluß des vermittelten Vertrages entstanden ist oder nicht. Ist er entstanden, so bleibt er bestehen, auch wenn später die auflösende Bedingung eintritt. Die Entscheidung dieser Frage hat unter Berücksichtigung des von dem Auftraggeber angestrebten wirtschaftlichen Zweckes im Wege der Auslegung des betreffenden Mäklervertrages zu erfolgen. Ging die Absicht des Auftraggebers zunächst darauf, ein unbedingtes Geschäft abzuschließen, ist aber durch die Vermittlung des Mäklers der Vertrag nur unter einer auflösenden Bedingung zustandegekommen, so hängt die Entscheidung der Frage, ob der Mäklerlohn verdient ist, davon ab, ob der abgeschlossene Vertrag zwecktauglich ist, d. h. im wesentlichen denselben wirtschaflichen Erfolg herbeizuführen vermag wie der ursprünglich angestrebte Vertrag. Für diese Zwecktauglichkeit spricht zunächst eine gewisse Vermutung,[20] da der Auftraggeber freiwillig seine ursprüngliche Absicht, einen unbedingten Vertrag abzuschließen, aufgegeben und sich auf den Abschluß unter einer auflösenden Bedingung eingelassen hat. Denn daraus folgt bis zum Beweise des Gegenteils die Vermutung, daß auch der auflösend bedingte Vertrag noch seinen Zwecken entsprechend war. Der Mäkler hat hier also einen Anspruch auf die Vergütung erlangt, und dieser wird auch dadurch nicht wieder in Frage gestellt, daß später die Resolutivbedingung eintritt. Denn der Auftraggeber hat ja freiwillig auf die Unbedingtheit des Vertrages verzichtet, so daß die Rechtslage hier dieselbe ist wie in dem Fall, wo der Auftraggeber von vornherein ein auflösend bedingtes Geschäft abschließen wollte.

Steht dagegen fest, daß der abgeschlossene Vertrag nicht zwecktauglich sein konnte oder doch wenigstens nicht geeignet war, im wesentlichen denselben wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen wie der Vertrag, der nach dem Lohnversprechen vermittelt werden sollte, so

20) Vgl. Reichel, S. 54.

hat der Mäkler nicht die Leistung erbracht, für die ihm die Gegenleistung versprochen war. Der Mäklerlohn ist hier also nicht verdient.

In diesen einfachen Ergebnissen zeigt sich der Vorteil der hier vertretenen Auffassung gegenüber der oben geschilderten; denn während dort die Entscheidung, ob die Provision endgültig verdient ist, erst nach dem Bedingungseintritt erfolgen kann, also unter Umständen erst nach geraumer Zeit, kann sie nach der hier vertretenen Auffassung gleich nach Abschluß des vermittelten Vertrages getroffen werden; denn der Mäkler kann hier von vornherein nach dem wirtschaftlichen Wert des abgeschlossenen Vertrages beurteilen, ob dieser Vertrag zwecktauglich und damit die Provision verdient ist oder nicht. Er braucht also nicht abzuwarten, bis die Resolutivbedingung ausgefallen ist, bezw. damit zu rechnen, die erlangte Vergütung später womöglich wieder herausgeben zu müssen.

Lebenslauf.

Ich wurde am 9. August 1904 als Sohn des Pastors Alfred Blochwitz und seiner Ehefrau Caroline, geb. Wohlfromm, in Frankfurt a. d. Oder geboren. Ich besuchte das Gymnasium meiner Vaterstadt, wo ich Ostern 1923 das Reifezeugnis erhielt. Dann studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Marburg, Berlin, Rostock und Breslau und bestand im April 1928 die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht Breslau.